

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO

**A NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO COMO
INSTRUMENTO GARANTISTA**

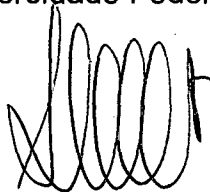
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação do professor Doutor Sérgio Cademartori.

FLORIANÓPOLIS

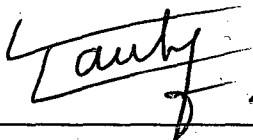
2001

O presente trabalho de dissertação foi julgado APTO para a obtenção do título de mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina.



Dr. Sérgio U. Cademartori

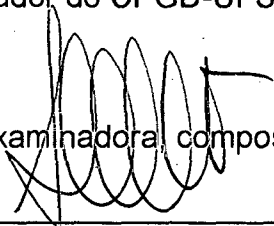
Professor Orientador



Dr. Christian Guy Caubet

Coordenador do CPGD-UFSC

Defendida perante banca examinadora, composta pelos professores:



Dr. Sérgio U. Cademartori - Presidente



Dr. Sílvio Dobrowolski – membro titular

Dra. Patrícia Luiza Kegel – membro titular

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

**A NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO COMO
INSTRUMENTO GARANTISTA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação do professor Doutor Sérgio Cademartori.

FLORIANÓPOLIS

2001

RESUMO

Esta dissertação aborda a possibilidade da utilização do recurso da *nulidade parcial sem redução do texto* como instrumento garantista. Parte da teoria geral do *garantismo jurídico*, com a revisão dos atributos das normas jurídicas, dividindo-as entre *regras* e *princípios*, invocando os *Direitos Fundamentais* como parâmetro de legitimidade do *Estado Democrático de Direito*. Destaca a relevância da *Constituição* como pacto fundante da sociedade, na qual estão indicados os direitos dos indivíduos e as obrigações do Estado, limitando, de qualquer sorte, a atuação deste último, trazendo a necessidade de convergência formal e material das leis e práticas jurídicas às suas disposições.

Em face do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, discute-se o surgimento e evolução dos *Direitos Humanos*, bem assim a maneira pela qual os *Tratados de Direitos Humanos* são acolhidos pelo Direito brasileiro, demonstrando o *status* de norma constitucional.

Consequência dessa condição de norma constitucional é a necessidade do cotejo da legislação infraconstitucional para verificação de sua validade, efetuando-se, para tanto, o indissociável controle de constitucionalidade. Todavia, diante das

difuldades decorrentes da multiplicidade de normas, ausência de técnica legislativa, complexidade social e complicações decorrentes do modo de interpretar utilizado pelo Direito, bem como pelos aportes da teoria geral garantista, no qual a *validade* é escalonável, plenamente possível a ocorrência de *antinomias refinadas*, consistentes na exclusão de certa hipótese de incidência fática da norma, sem prejuízo de sua validade em outras situações. Neste contexto, com o escopo de efetivar os *Direitos Fundamentais*, surge a possibilidade do imbricamento do recurso da *nulidade parcial sem redução do texto* com os *Direitos Humanos*, aderidos ao corpo da Constituição Federal de 1988, ponderando-se nas hipóteses fáticas a potencial ocorrência da *nulidade parcial sem redução do texto*.

RESUMEN

Esta redacción aborda la posibilidad de utilizar como recurso la *nulidad parcial sin reducción del texto* como instrumento garantista. Parte de la teoría general del *garantir jurídico*, con la revisión de los atributos de las normas jurídicas, dividiéndolas entre *reglas y principios*, invocando los *Derechos Fundamentales* como parámetros de legitimidad del *Estado Democrático de Derecho*. Destaca la relevancia de la *Constitución* como pacto fundador de la sociedad, en la cual están indicados los derechos de los individuos e las obligaciones del Estado, limitando, de cualquier manera, la actuación de este último, trayendo la necesidad de convergencia formal y material de las leyes y prácticas jurídicas a sus disposiciones.

En fase de lo dispuesto en el artículo 5º, § 2º de la Constitución Federal de 1988, se discute el nacimiento y evolución de los *Derechos Humanos*, así como la manera por la cual los *Tratados de los Derechos Humanos* son validados por el Derecho Brasileiro, demostrando el status de norma constitucional.

Consecuencia de esa condición de norma constitucional es la necesidad de cotejo de la legislación infra-constitucional para poder verificar su validez, efectuando, para tanto, el indisociable control de constitucionalidad. Todavía, delante de las dificultades que advén de la multiplicidad de las normas, ausencia de técnica legislativa, complejidad social y complicaciones que surgen del modo de interpretar utilizado por el Derecho, bien como por las contribuciones de la teoría general garantista, en la cual la *validez* es escalable, plenamente posible la ocurrencia de *antinomias refinadas*, consistentes en la exclusión de ciertas hipótesis de incidencia de hecho de la norma, sin obstar su recepción en otras situaciones. En este contexto, con la finalidad de tornar válidos los *Derechos Fundamentales*, surge la posibilidad del intrincamiento del recurso de *la nulidad parcial sin reducción del texto* con los *Derechos Humanos*, agregados al cuerpo de la Constitución Federal de 1988, ponderándose en las hipótesis de hechos el potencial de ocurrencia de *la nulidad parcial sin reducción del texto*.

SUMÁRIO

<u>RESUMO</u>	<u>4</u>
<u>RESUMEN</u>	<u>6</u>
<u>SUMÁRIO</u>	<u>8</u>
<u>AGRADECIMENTOS</u>	<u>10</u>
<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>12</u>
<u>CAPÍTULO 1 - GARANTISMO JURÍDICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</u>	<u>15</u>
1.1. INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO	15
1.2. PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA CONSTITUIÇÃO	26
1.3. DIREITOS HUMANOS E GARANTISMO JURÍDICO	37

	9
<u>CAPÍTULO 2 – NORMA, ORDENAMENTO E INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL</u>	<u>50</u>
2.1 ATRIBUTOS DAS NORMAS JURÍDICAS – APORTES GARANTISTAS	50
2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO	59
2.3 Os DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E SUA INTERNALIZAÇÃO NO BRASIL	80
<u>CAPÍTULO 3 – HERMENÊUTICA E NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO</u>	<u>95</u>
3.1. – DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA REALIDADE BRASILEIRA	95
3.2 APROXIMAÇÕES HERMENÊUTICAS	105
3.3 CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	115
3.4 A NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO COMO INSTRUMENTO GARANTISTA	121
3.4.1 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA.	133
3.4.1.1 O CRIME DE PORTE DE ARMA APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DO AGENTE	134
3.4.1.2. O ABORTO POR MÁ FORMAÇÃO DO FETO	135
3.4.1.3. A CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O ESTADO E O DIREITO À SAÚDE	140
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	<u>143</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>146</u>

AGRADECIMENTOS

Por dever de consciência, devo agradecer ao Professor Doutor Sérgio Cademartori, não só pelas ponderações e apoio, mas principalmente pela seriedade e competência com que guia seus orientados.

Para Patrícia Fontanella Rosa, companheira dessa longa caminhada de muitos solavancos, pelo carinho e compreensão. Aos meus ascendentes, irmãos e descendentes, que virão... Tenho saudades dos tempos de mestrado, da correria do dia-a-dia, dos colegas, André, Mário, Wilton, Adriana, Colpani, Thaís, Fernandinha, Patryck e Vladimir. Agradeço aos Professores do Programa de Mestrado, em especial Cecília, Horácio, Warat, Vera Andrade e Edmundo. Cumpre-me lembrar de Solange pela revisão.

Dedico este trabalho a todos aqueles que possuem a coragem de fazer valer a Constituição que, em tempos Neoliberais, se constitui em crime hediondo.

Sem mecanismos eficazes, as declarações de Direito Humanos de nada servem. Ou melhor, por isso mesmo servem! Servem para justificar a opressão no mundo da vida, sob a cômoda alegação de que já existem normas jurídicas tutelando e impedindo essas violações. São, todavia, discursos que colocam a cenoura pendurada na frente do burro. Ele nunca consegue alcançá-la porque não se dá conta de que não adianta caminhar. Segue em frente sempre. A cenoura continuará longe de seu alcance. As vezes é preciso mudar de estratégia: empacar, balançar o corpo, resistir e até trapacear. Somente assim há possibilidade de se degustar a cenoura. É preciso, ainda, se dar conta de que se é um burro, o mais difícil. Que um dia possamos ter um *bom apetite!*

O homem não foi feito para a derrota. Um homem poder ser destruído, não derrotado. Ernest Hemingway, O velho e o mar.

INTRODUÇÃO

O presente escrito pretende abordar a possibilidade da utilização do instrumento da *nulidade parcial sem redução do texto*. Partirá da *Teoria Geral Garantista*, alicerçada nos *Direitos Fundamentais*, cujo padrão de respeito e efetivação determina o grau de legitimidade do Estado. Na seqüência versará sobre a revisão do critério de *validade* das normas jurídicas, vindicando uma relação material das decisões sobre a *validade*, passando necessariamente pela construção de uma democracia substancial. Em face disso, indicará a necessidade de mudança de perspectiva da atuação do Juiz, segundo a qual a sujeição à lei sempre possibilita um juízo acerca da própria *validade* das normas jurídicas, de forma escalonável. Destacará, ainda, a necessidade do redimensionamento da ciência do Direito, que deixa de ser meramente descritiva, para ganhar contornos críticos.

Para os limites desta dissertação, não se adentrará profundamente no histórico dos *Direitos Humanos*, nem na teoria da *Constituição*, posto que não se

mostram como pressupostos do objetivo a ser alcançado. Assim, sem perder a importância de tais considerações, serão invocados os aspectos mais relevantes, especificamente o conteúdo dos *Direitos Humanos* e a existência de sistemas internacionais de proteção; a *Constituição* será revisitada como documento *constituente* da sociedade, mas tendo sua concepção *aberta*, tanto em relação às normas como no tocante aos intérpretes¹. A hermenêutica, da mesma forma, será tocada no sentido da superação da *Filosofia da Consciência*, trazendo-se a contribuição da *Filosofia da Linguagem*.

A discussão sobre o papel do Poder Judiciário, em face da realidade brasileira, pretende inserir a divergência entre *procedimentalistas* e *substancialistas*. Acolhendo-se a tese *substancialista*, defender-se-á a possibilidade de implementação das promessas da modernidade e constitucionais, tendo como palco de embate o cenário do Poder Judiciário. Ganha importância, nesse pensar, o controle de constitucionalidade, bem assim a utilização de novas formas desse controle, com destaque para a *nulidade parcial sem redução do texto*.

Ao arremate, com base no *garantismo jurídico*, especificamente o critério de *validade garantista* e a necessidade da convergência do ordenamento e das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, incluídos os tratados de *Direitos Humanos*, será discutida a aplicabilidade do recurso da *nulidade parcial sem redução do texto* no Brasil.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, p. 1.033; HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*:

O método utilizado foi o *dedutivo*, partindo-se de premissas gerais para, depois, aplicá-las ao controle difuso de constitucionalidade no Brasil, com o objetivo de instrumentalizar os atores jurídicos de mecanismos capazes de concretizar os conteúdos constitucionais na maior extensão possível. A técnica de pesquisa manejada foi a bibliográfica.

Pelas opiniões que se seguem, isenta-se de qualquer responsabilidade a Universidade Federal de Santa Catarina, o Professor Orientador e os membros da Banca Examinadora.

CAPÍTULO 1 - GARANTISMO JURÍDICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

1.1. INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO

O *garantismo jurídico* apesar de ter sua origem vinculada ao *Direito Penal*², evoluiu para alcançar foros de *Teoria do Direito*. **Luigi Ferrajoli** indica quatro frentes *garantistas*³. A primeira está vinculada à revisão da *teoria da validade*, que preconiza uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento de uma dimensão *substancial da democracia*, suplantando o carácter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a *sujeição à lei* somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas. Por fim, observa a relevância da *ciência jurídica*, cujo papel deixa de ser meramente

² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 1995, p. 14-986.

descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.

Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, art. 5º, § 2º); como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.

O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante *Neoliberal*.

Essa limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madrid : Trotta, 1999, p. 20.

pode transparecer no primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo dispor de maneira discriminatória, nem se afastar do contido materialmente na Constituição.

Para tanto, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do *Estado Civil*.

Sustenta Luigi Ferrajoli que: "*los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.*"⁴

Assim é que, com a operacionalidade possível da *democracia substancial*, resta inserido no *Estado Democrático do Direito*, a esfera do *decidível* e do *não-decidível*, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar-se o constante nos direitos individuais, bem como, de outro,

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 23-4.

deve-se garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais⁵.

Nessa esfera do indecidível encontram-se justamente os *Direitos Fundamentais*, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Consequência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar *juízos de validade*, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (*Direitos Fundamentais*), mesmo que de forma parcial.

Esta concepção da esfera do indecidível encontra respaldo na *teoria contratualista* de **John Locke**. Dentre os contratualistas, cabe invocar, além desse autor, as contribuições de **Thomas Hobbes** e **Jean-Jacques Rousseau**. Em todos, o *Estado de Natureza* se constitui em antecedente lógico à formação do *Estado Civil*, existindo divergência sobre a maneira pela qual os indivíduos se relacionavam naquela situação. Para **Thomas Hobbes**⁶, esse primeiro estágio, denominado de *guerra* de todos contra todos, seria permeado por extrema insegurança, decorrente da aplicação da lei do mais forte e movida pelas paixões. Em **Jean-Jacques**

⁵ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 161.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2ª ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

Rousseau⁷, por outra face, temos a percepção de um *estado de felicidade*, em que os indivíduos encontravam-se satisfeitos até o surgimento da propriedade privada. Para o primeiro o Estado seria uma necessidade, enquanto para o segundo, o aparecimento desta figura seria decorrência do desenvolvimento social. Característica de ambos os autores é a alienação de *todos* os direitos dos indivíduos ao *Estado*, para somente após e por decisão deste, recebê-los novamente, não na totalidade, mas na medida que este quiser conferir. Essa percepção está agregada diretamente à concepção liberal de Cidadania⁸.

Já em **John Locke**, o conteúdo do contrato social é deslocado. A instituição do *Estado* significa a manutenção e consolidação dos direitos existentes no *Estado de Natureza*, objetivando-se, principalmente, a resolução pacífica dos conflitos. Segundo **John Locke**:

O estado de guerra é um estado de inimizade e destruição; e, portanto, um estado que declara desígnio inalterável e calmo em relação à vida de outrem, por meio de palavra ou ação, não apaixonado ou precipitado e o coloca em estado de guerra contra aquele a quem declarou semelhante intenção, expondo de tal maneira a vida ao poder de outrem, a qual lhe poderá ser arrebatada por aquele ou por qualquer outro que a ele venha juntar-se a defendê-lo, esposando-lhe a causa; sendo razoável e justo possa eu ter o direito de destruir aquilo que me ameaça de destruição, pois, pela lei fundamental da natureza, devendo-se preservar o homem tanto quanto possível quando nem tudo se pode preservar, dever-se-á preferir a segurança do inocente; e pode destruir-se um homem que nos vem fazer guerra

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social – (ou Princípios de Direito Político)*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 5ª ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

ou descobriu inimizade à nossa existência, pela mesma razão que se pode matar um lobo ou um leão, porque tais homens não estão subordinados à lei comum da razão, não tendo outra regra que não a da força e da violência, podendo assim serem tratados como animais de presa, criaturas perigosas e nocivas que com toda certeza nos destruirão sempre que lhe cairmos nas mãos.⁹

Saio de Carvalho entende que o *“raciocínio de Locke se desenvolve desta forma em quatro assertivas: as leis naturais podem ser violadas; as violações das leis naturais devem ser punidas e os danos reparados; o poder de punir e de exigir reparação cabe, no estado de natureza, à própria pessoa vitimada; quem é juiz em causa própria habitualmente não é imparcial e tende a vingar-se em vez de punir.”*¹⁰

Por essa concepção, a criação do Estado não implica a concessão de poderes plenos e absolutos, mas vincula a legitimidade de sua atuação (negativa e/ou positiva), à conformação dos direitos antecedentes, mantidos na seara individual e, portanto, incapazes de violação pelo Estado. O poder estatal nasce, desde o início, limitado pelos direitos pré-existentes e inalienáveis, constituindo a esfera do indecível, avivada no modelo *garantista*.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes escrevem:

Desse modo, para Locke, o homem traz consigo, quando do estabelecimento da sociedade civil, os direitos presentes no estado de natureza; não há um despojamento nesta

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

⁹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo : Abril Editora, 1973, §16, p. 46.

passagem, tal qual em Hobbes. Assim, o estado civil nasce duplamente limitado. Por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos; por outro, deve oportunizar, o mais completamente possível, a usufruição dos mesmos. Nasce, assim, como poder circunscrito àquela esfera de interesses pré-sociais do indivíduo natural. O estabelecimento da lei civil, do juízo imparcial e da força comum tem um papel de reforço dos direitos naturais não alienados através do contrato social. Os indivíduos, ao contrário do que ocorreu com Hobbes, abandonam um único direito: o de fazer justiça com as próprias mãos.¹¹

Essa concepção de **John Locke** é importante para perfeita configuração deste núcleo irreduzível de liberdade do indivíduo, demarcador do limite da atividade Estatal. A passagem do estado de natureza, assim, não se fez mediante pacto de mera adesão, em vilipêndio às garantias e direitos que já possuía naquele prévio estágio lógico. A *secularização social*¹² faz perceber a existência, no processo civilizatório, de relativização do direito de liberdade de fazer Justiça com as próprias mãos em prol da segurança manifestada na criação de um ente capaz de responder, imparcial e racionalmente, aos conflitos surgidos no corpo social. Logo, inexistente a alienação absoluta de direitos e deveres, com a subjugação irrestrita, mas a subordinação é mantida na perspectiva dos fins colimados, fundamentando,

¹⁰ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001, p. 42.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.39.

¹² CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 1-2, fixam: “O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência. (...) O processo de secularização, dessa forma, possibilita outra mudança copernicana nas ciências, pois o saber passa a ser fundado na razão do homem. A análise do homem racional funda o antropocentrismo, negando toda e qualquer

dentre outros, o *direito de resistência*¹³.

Luigi Ferrajoli, na mesma linha, pondera:

... el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.¹⁴

Como se viu, a concepção de *democracia material* surge na esteira da hipótese *contratualista* de **John Locke**, considerando-se, pois, que a democracia formal de cunho *Weberiano*¹⁵ não se sustenta ao olhar mais acurado sobre o

perspectiva ontológica da verdade (verdade em si), iniciando o processo que, no século XX, redundará na universalização dos direitos humanos."

¹³ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias...* p. 46, destaca: "o pacto se constitui como instrumento de deveres e de direitos recíprocos. Ao poder do soberano de regular a sociedade com suas leis corresponde o dever de garantir a 'segurança' dos bens. Ao dever de obediência às leis por parte do cidadão, corresponde o direito de exigir as garantias pactuadas."

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 53.

¹⁵ Max Weber apresenta três tipos puros de dominação, que não se apresentam isoladamente, mas imbricados entre si, mormente considerando a complexidade da burocracia contemporânea, na qual os estamentos criam procedimentos próprios, fundamentados em relações pessoais que superam a racionalidade legal. Ademais, a representação teórica da realidade empírica, reconhecia Max Weber, não poderia pretender ser absoluta. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999, p. 117-153.

consenso contratual, que reclama o aspecto material das normas.

Como se pode ler na obra do autor alemão, a dominação de caráter *racional* decorreria das regras jurídicas estabelecidas pelo Estado, avivadas na figura da autoridade despersonalizada: autoridade legal. A dominação de caráter *tradicional*, por outra face, adviria das práticas tradicionais, arraigadas na maneira pela qual os subordinados percebem o poder e que a ele se sujeitam. Por fim, a dominação de caráter *carismático* se fundamentaria numa vinculação pessoal de entrega, vendo-se na autoridade carismática um ser de maior hierarquia do que os súditos.

No caso da dominação *racional-legal* existe a formação de um estamento próprio, criado por leis gerais e impessoais, capaz de (pretender) legitimar as determinações contidas em lei. O Direito, nessa percepção, seria contratado/instituído de maneira racional, vinculado a fins e valores determinados em prol dos membros da sociedade, decorrendo deste consenso a legitimidade do poder exercido impessoalmente e nos termos da lei, todavia, de maneira formal. Esses valores e fins teriam caráter cogente e a maneira pela qual o poder se estabelece e se protraí, deve estar permeado pelas regras jurídicas de caráter geral e abstrato, sem qualquer privilégio pessoal, como o verificado nas duas outras formas de dominação. A pretendida garantia do sistema geral, abstrato e impessoal seria fornecida pelo Poder Judiciário, responsável pela aplicação das regras legais.

Assim é que, em tese, as funções estatais estariam bem delineadas e segmentadas, possibilitando, portanto, sob o primado da razão, a articulação social necessária ao pleno desenvolvimento dos membros da sociedade. A burocracia,

desde que respeitados seus limites e atribuições, teria o condão de colmatar uma sociedade unida sob o pálio do poder legítimo e racional.

Na hipótese de dominação tradicional, a obediência decorreria da tradição/costume, sem o consenso da racionalidade e na carismática, da confiança pessoal depositada no *super-homem*, apto a conceder a redenção do subordinado. Esse terceiro seria dotado de capacidades diversas dos mortais, havendo abdicação das funções mentais por parte dos subordinados, fixando sua devoção em aspectos metafísicos e, portanto, com possibilidade de dissipação efêmera. Basta a desilusão com essa autoridade carismática, para que o poder se esboroe.

Em face dessas possibilidades de dominação, a única manifestada sobre o primado da razão seria a racional-legal, segundo a qual haveria impessoalidade no exercício do poder, vinculado, de qualquer sorte, aos limites e procedimentos formais estipulados pela lei, dentro de uma competência, com mecanismos próprios de controle.

O soberano legal, ou seja, aquele que congrega o poder de cumprir as disposições constantes em leis genéricas, impessoais e abstratas, está subordinado (também) ao império da lei. Há um poder subordinado à lei¹⁶, sendo impossível seu exercício de maneira absoluta e sem vinculação ao ordenamento jurídico.

Sérgio Cademartori sustenta: *“Isso significa que a legitimação de cada regra componente do sistema deriva de um critério puramente formal, a saber, da*

sua conformidade à vontade do soberano expressa na lei, que é a fonte do direito por excelência. No sistema romano-germânico, então, como bem apreciado por Weber, legalidade e legitimidade confundem-se".¹⁷

Esse, portanto, o modelo *Weberiano*.

De outro lado, no *modelo garantista*, além do princípio da legalidade formal, agrega-se o fator conteúdo, rompendo-se com o mero procedimento. A dominação precisa suplantar a mera formalidade, para chegar a uma democracia substancial, como afirma **Luigi Ferrajoli**:

la dimensión formal de la democracia política, que hace referencia al quién y al cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia sustancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla¹⁸.

Nesse contexto, os *Direitos Fundamentais* desfilam com papel preponderante, ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição. Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder Judiciário, mediante o controle da constitucionalidade material

¹⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*.... p. 19-32.

¹⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*.... p. 98.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*... p. 23.

das normas, sujeitando os indivíduos, no *Estado Democrático de Direito*, somente às leis válidas, impedindo que eventuais majorias violem direitos indissociáveis e construídos historicamente. A eficácia se constitui como parâmetro de aferição do grau de democracia material da sociedade.

1.2. PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA CONSTITUIÇÃO

O *garantismo jurídico*, como visto, consiste na tutela de todos esses *Direitos Fundamentais* (liberdades e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente¹⁹, os quais representam os alicerces da existência do *Estado Democrático de Direito*, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material. Logo, a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, se constituírem em promessas (retóricas) sonegadas²⁰.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

²⁰ Em relação à geração de direitos, cabe invocar a demonstração histórica feita por Norberto Bobbio (Conferir: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6 e 69. Na mesma linha, José Alcebiades de Oliveira Júnior ampliou e sistematizou a proposta: “1ª Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à teoria organicista tradicional. 2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisando em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. 3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica. 4ª Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia. 5ª Geração: os advindos com a chamada

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes afirmam: "Assim, o

Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do *Estado Liberal de Direito*, como também a do *Estado Social de Direito* – vinculado ao *welfare state neocapitalista* – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade"²¹.

O Direito como sistema de garantias centra-se, pois, nos *Direitos Fundamentais* que são

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos em cuanto dotados del status de personas. entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o de los actos que son ejercicio de éstas. Esta definición es una definición *teórica* en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. (...) Son evidentes las ventajas de una definición como ésta. En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previsto o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el

realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet." (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 85-86).

²¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.91.

valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho.²²

Nesse pensar, apresentam papel preponderante, tendo em vista seu caráter universal, ligados indissociavelmente aos sujeitos, principalmente de acesso à Justiça, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou mesmo prescrição. Por força do movimento Constitucionalista estão, em regra, acolhidos em Constituições rígidas, nas quais "*todos y cada uno son sus titulares*."²³

Assim é que os *Direitos Fundamentais*, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses *Direitos Fundamentais*, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da *democracia material-constitucional*. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, esprainando efeitos aos Governos futuros²⁴.

Estruturando seu pensamento, **Luigi Ferrajoli** indica quatros classes de

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 37-38.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 53.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1997, p.176-177, escreve: "*Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, poruq, além de referi-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de*

direitos²⁵. A primeira seria composta pelos *Direitos Humanos* que são direitos primários e extensíveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção, incluídos o direito à vida, saúde, educação, liberdade, sociais, integridade física, garantias penais, dentre outros. A segunda, seria dos *Direitos Públicos*, reconhecidos apenas aos cidadãos, como direito de residência, circulação no território, associação e de trabalho. Já a terceira classe seria formada pelos *Direitos Civis*, centrados nos direitos potestativos, cuja exteriorização se dá no âmbito da autonomia privada e sobre os que guiam o mercado capitalista, com realce para liberdade contratual. A quarta categoria é a dos *Direitos Políticos*, restrita ao cidadão com direito a voto, de ser votado, de ocupar cargos públicos, vinculados, em últimas instância, à participação no cenário político.

Por estarem vinculados à *democracia material* e positivados ou acolhidos na *Constituição*, desde logo esta ganha relevância como documento *constituente* da sociedade. Necessária, destarte, a fixação de sua concepção e efeitos decorrentes da posição de topo da hierarquia das leis, consoante aponta **Luís Roberto Barroso**:

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for

que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana."

compatível com a Constituição.²⁶

A *Teoria Garantista* representa, ao mesmo tempo, o resgate e valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado. Segundo **Luigi Ferrajoli**, "*La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos.*"²⁷

Pressupõe, contudo, a compreensão do *ordenamento jurídico*, das normas jurídicas e da diferenciação entre *direitos* e *garantias*, consoante esclarece **Luigi Ferrajoli**,

Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a la sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.²⁸

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 40.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva. 1998, p.54.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 54

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 59.

Sérgio Cademartori esclarece:

Como diz Ferrajoli, os direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições ao Estado, não têm o seu conteúdo predeterminado, nem é o mesmo determinável *a priori*. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício (a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão, por exemplo), ou as condições que legitimam a sua limitação (ordem motivada da autoridade judiciária). Já nos direitos sociais são determináveis os conteúdos mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como do seu desenvolvimento econômico e civil). E é pelo grau e quantidade das garantias adscritas a esses direitos que pode medir-se a qualidade de uma democracia. (...) Já as *garantias* são consideradas por esta teoria como técnicas de limitação da atuação do Estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais (por exemplo, o princípio da incolumidade do preso e da humanidade das penas em se tratando de liberdades; e a previsão legal dos pressupostos vinculantes com a identificação de órgãos e procedimentos, no que diz com os direitos sociais). Como diz Guastini, na linguagem moderna "garantia" designa o suporte, o reparo, a defesa, a tutela de alguma coisa. No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de "garantismo" são defesas e tutelas de carácter jurídico; são pois os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito. (...) Por fim, é de ressaltar-se que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) o princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a

pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo.”²⁹

Logo, a percepção da diferença entre *direitos* e *garantias*³⁰ é condição de possibilidade para compreensão da maneira pela qual o Constitucionalismo moderno e as declarações de *Direitos Humanos* geram impacto no modelo de Estado e nas suas práticas, posto que a confusão terminológica impede a efetivação dos direitos em face das garantias que lhe servem justamente de elemento *garantidor*.

A *Constituição* nessa concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar. Como primeira emanção normativa do Estado, aponta os limites e obrigações do Estado.

Ruy Samuel Espíndola, fundamentado em **J.J. Gomes Canotilho**, traz a concepção da *Constituição* como norma:

a contemporaneidade desse conceito evidencia a *Constituição* como norma jurídica, como normas das normas, como *lex superior*, como fonte suprema da produção normativa, como *norma normarum*, como *norma* dotada de efetiva *normatividade*, como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e à operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessam a qualidade das matérias reguladas na *Constituição*, ou a

²⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...* p. 85-87.

natureza das normas que as expressam formalmente, posto todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas.³¹

Silvio Dobrowolski, de seu turno, entende a *Constituição* como

um documento político e jurídico através do qual se intentam fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.³²

Conforme pretende **Lenio Luiz Streck**, longe de ser mero procedimento democrático,

a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem pública e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate

³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p.183-186, diferencia os *Direitos Fundamentais* em *gerais* e *garantias constitucionais*, divididas esta última categoria em *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*.

³¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 95

³² DOBROWOLSKI, Sílvio. "Os Meios Jurisdicionais para conferir eficácia às Normas Constitucionais". In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, abr-jun, 1990, nº 106, p.28-29.

das promessas da modernidade ³³.

É que a Constituição Federal, como norma-mãe, deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria - esfera do indecível -, posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*.

De fato, na atuação prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional* de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. Somente assim se dá a *devida força normativa à Constituição*³⁴.

Na esteira, J.J. Gomes Canotilho ensina que *"a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição."*³⁵

Com efeito, todos, absolutamente todos os atores jurídicos devem ter para com a Constituição Federal estreita ligação, concretizando-a na sua maior extensão

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Heremenêutica e(m) crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 224-225.

³⁴ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, p.25, estabelece: *"A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição."*

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, p. 956.

possível, primordialmente no tocante aos *Direitos Fundamentais*. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos Constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico³⁶ garantista no *Estado Democrático de Direito*: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.

A percepção da Constituição, todavia, merece ser trabalhada de forma democrática, adotando-se, para tanto, a concepção de **Peter Häberle**, segundo o qual a “Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.”³⁷

Assim é que o processo de atribuição de sentido das normas constitucionais não é privilégio do *Monastério dos Sábios*³⁸, mas decorre da agregação de sentido

³⁶ Emprega-se o termo “ator jurídico” ao invés de “operador jurídico” por se entender que o primeiro pressupõe a consciência da participação no fundo dos fatos pelo intérprete, enquanto o segundo facilita a objetivação e o seu distanciamento. As formas clássicas de interpretação do Direito propostas pela dogmática jurídica apresentam o intérprete dissociado da realidade social (sujeito-objeto), envolto numa realidade virtual, favorecendo, com isso, a comodidade e o (des)compromisso das decisões. No Capítulo 3 será aprofundada a discussão.

³⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Consituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1997, p. 34.

³⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995, p. 66, coloca: “Resumindo a questão colocada, podemos falar de um processo de produção autoritária da subjetividade quando as instituições criam a ilusão de um espaço social homogêneo, transparente e unívoco; um espaço onde os atores sociais ficticiamente se sentem pertencentes a uma Nação, graças ao efeito integrador dado por sua condição de simples consumidores do discurso autorizado; em contrapartida podemos falar de uma produção democrática da subjetividade, quando surgem, na sociedade, discursos de

advinda do processo democrático de mediação, realizado no seio da sociedade, com respeito pelas opiniões de todos os membros. Esses podem e devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição³⁹.

Esse processo de interpretação transborda os limites formais dos órgãos autorizados, cedendo espaço para aderência de outras práticas e contextos, como o decorrente dos *Direitos Humanos* emanados pelos organismos internacionais, materializados pelos respectivos documentos, como se verá.

O importante nesta altura é deixar clara a possibilidade da conjugação de fontes hermenêuticas, abolindo-se o hermetismo da interpretação Constitucional efetuada pelos titulares da *fala autorizada*. Há, na feliz expressão de **Peter Häberle**, a ampliação do conceito de “*participante do processo constitucional*”⁴⁰. Disso resulta que “*a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.*”⁴¹ Existe a ampliação do grupo de intérpretes vinculados à práxis, diminuindo a separação entre os autorizados a interpretar. Com esse deslocamento democrático, os conteúdos e formas da Constituição, mediante apresentação de alternativas, pinta com fortes tintas a

reformulação e resistência à disciplina e à vigilância impostas pela cultura oficial. No discurso de resistência, os atores sociais adquirem a estatura de criadores e não mais de consumidores passivos do discurso oficial.”

³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional* ... p. 36-37.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional* ... p. 41.

prometida democracia material, assumindo feições críticas, além de meramente descritivas. Em suma: *"A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição."*⁴²

Adotando-se essa *compreensão aberta da Constituição*, além da interpretação, pode-se invocar justamente essa frente democrática para defender, com maior vigor, a aderência de normas internacionais de *Direitos Humanos*, cotejando-se o impacto no ordenamento jurídico interno, como será visto adiante, impulsionando, de qualquer sorte, a construção de uma *democracia material*, fulcrada nos *Direitos Fundamentais*⁴³.

1.3. DIREITOS HUMANOS E GARANTISMO JURÍDICO

Na classificação preconizada por **Luigi Ferrajoli**, os *Direitos Humanos* são tidos como a primeira emanção dos *Direitos Fundamentais*, vinculando, assim, tanto a atividade positiva como negativa do Estado, incluídas todas as funções estatais (executiva, legislativa e judiciária)⁴⁴, sem que a expressão seja restrita aos Sistemas de Proteção, posto que abarca os direitos sociais e individuais.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional* ... p. 23.

⁴² HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional* ... p. 55.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* ... p. 44-45, aduz: *"A partir de ellas será posible mostrar cómo la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido en este siglo un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico del paleopositivismo jurídico."*

⁴⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis : Habitus, 2001, p.142-148.

Entretanto, a difusão do termo *Direitos Humanos* tornou sua significação dificultosa em face de sua vagueza e imprecisão. As mais variadas concepções serviram para justificar ações contraditórias no mundo da vida, tanto para discursos totalitários como para democráticos. Isso porque o processo de atribuição de sentido está incluído na seara da linguagem jurídica, razão pela qual se pode afirmar com **Perez Luño** que: *"Los derechos humanos no constituyen realidades inmediatamente palpables y directamente perceptibles como los objetos del mundo físico; los derechos humanos 'se conciben', 'se reivindicán', 'se respetan', 'se violan' o 'se sancionan', pero no se encuentran nunca, porque non son objetos materiales."*⁴⁵

Norberto Bobbio explicita a origem histórica destes direitos, afirmando:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁴⁶

Assim é que os *Direitos Humanos* encontram-se inseridos num crescente processo de declaração de condições mínimas *"para o estabelecimento de uma sociedade que impeça a reedição das atrocidades cometidas no passado, mormente*

⁴⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid : Tecnos, 1999. p. 46-47.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p.5-10.

nas recentes guerras mundiais, de cunho humanístico"⁴⁷.

Flávia Piovesan recorda como os *Direitos Humanos* manifestados em Declarações internacionais surgiram:

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. O 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.⁴⁸

Conjugada com o processo histórico, surgiu a positivação dos *Direitos Humanos*, cuja origem encontra, segundo **Perez Luño**⁴⁹, três explicações: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *realista*. Independente da posição acolhida – o aprofundamento não se coaduna com o fim deste escrito – é relevante fixar que a positivação se deu em diversos níveis. A partir da inserção de disposições dessa natureza em Constituições modernas e em *Declarações Universais*, houve um paulatino processo de reconhecimento pelo Estado desses direitos. A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, formulada em 1948, sob os auspícios da *Organização das Nações Unidas – ONU*, representa um divisor de águas. Daí em

⁴⁷ TRINDADE, José Damião de Lima, "Anotações sobre a história social dos Direitos Humanos". In *Direitos Humanos: Construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 56.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998, p.34-6.

diante, construiu-se um estatuto internacional para os *Direitos Humanos*, que ganhou foro supranacional, com a superveniente expedição de diversas declarações, pactos e protocolos.

Essa situação encontra-se inserida na discussão das condições de uma supranacionalidade, como observa **Leontin Jean Constantinesco**⁵⁰, e incluídas, recentemente, no que se denomina *globalização*. Em face dessa crise decorrente da busca de integração mundial, emergiu a crise do *Estado Nação* e a discussão dos efeitos da *globalização*⁵¹. Evidentemente, surgiram situações positivas e negativas desse fenômeno. Dentre as positivas, apontadas por **Lizt Vieira**⁵², encontra-se a difusão dos *Direitos Humanos*⁵³ e da *democracia*. Logo, com a propagação dos

⁴⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos...* p. 54-62.

⁵⁰ CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 50 c 21, escreve: “*Há séculos que se persegue o processo de integração do planeta. O progresso dos instrumentos técnicos, das relações econômicas e comerciais, o desenvolvimento dos meios de informação e de comunicação aproximam os homens e os povos. Deste modo, as diversas partes da terra ficaram unidas por uma infinidade de laços visíveis e invisíveis. Não obstante as oposições políticas e as conseqüentes dificuldades, o planeta continua a se integrar espiritual e culturalmente, política e humanamente, econômica e materialmente. Bem entendido, tal processo se realiza antes de tudo no quadro de unidades políticas, isto é, de Estados. Todavia, a integração do planeta vai muito mais além, como uma grande unidade que engloba uma pluralidade de componentes que procuram a síntese além de sua diversidade.*” Completa: “*Constitucionalismo moderno, Carta de Direitos nacional e transnacional, e proteção judicial – interna e internacional – de tais direitos fundamentais contra abusos por autoridades públicas, podem bem ser apenas outro aspecto da Utopia de nossa época. Se ele nos encaminhará, como sempre esperamos, para um mundo melhor, um mundo no qual indivíduos, grupos e pessoas possam viver em paz e em compreensão mútua, sem guerra e exploração, só o futuro poderá dizê-lo.*”

⁵¹ Conferir: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org). *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba : EDIBEJ, 1998. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. São Paulo : Record, 2000.

⁵² VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro : Record, 1997, p. 133-137.

⁵³ WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 24, na mesma linha, destaca: “*Este novo – ou renovado – ramo do Direito desempenha papel político fundamental em uma época de globalização econômica, a significar que esta necessita ser acompanhada da fixação de um patamar internacional comum, que indique as condições mínimas de existência humana e crie mecanismos para sua verificação.*”

Direitos Humanos e a inserção de diversas disposições dessa natureza nas Constituições contemporâneas, a tendência é a criação, no mundo ocidental, de normas específicas abrangendo essa problemática. Assim, emerge a tese da existência de uma *soberania mitigada* ou *mista*, como indica **Flávia Piovesan**⁵⁴, tributária da teoria monista do Direito Internacional, como característica dos Estados Constitucionais de Direito e da existência de um estatuto mundial dos *Direitos Humanos* capazes de declarar e garantir, satisfatoriamente, neste aspecto, os limites do Estado e os direitos dos indivíduos⁵⁵.

Luigi Ferrajoli demonstra essa necessidade:

Reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional. Significa interpretar la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y en las relaciones con sus ciudadanos – guerras, masacres, torturas, ataques a la libertad, amenazas al medio ambiente, condiciones de miseria y de hambre en que viven un amplísimo número de personas – no como males naturales, y tampoco como simples injusticias respecto de um utópico deber ser del derecho internacional vigente; tal como hoy ha sido proclamado ya en sus principios fundamentales. Significa, en una palabra, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, tomar en serio el derecho internacional y, por tanto, aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente; proyectar, en

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (coord). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo : 2000, p. 159.

⁵⁵ Pode-se objetar sobre a possibilidade de dominação ideológica presente no discurso dos Direitos Humanos que relega as peculiaridades culturais/regionais, em prol da universalização totalizante, com tentações

fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para sua realización.⁵⁶

O sistema de proteção de *Direitos Humanos* se divide em *global* e *regional*. Alguns instrumentos possuem eficácia para todo o planeta, com disposições mais genéricas, buscando englobar os seres humanos na totalidade. De outra face, o sistema *regional* está vinculado às peculiaridades das áreas específicas⁵⁷. Logo, a proteção dos *Direitos Humanos* rompe as fronteiras dos países em face do *princípio da unidade*, segundo o qual quando um indivíduo do planeta é violado, todos o são, mesmo que reflexamente.

Flávia Piovesan et alii asseveram:

Esta concepção inovadora aponta para duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados; 2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma em que o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.⁵⁸

autoritárias. Por isso, necessária a consciência política e valorativa dos Direitos Humanos, como se verá adiante.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p.148

⁵⁷ Os sistemas regionais estão divididos em Americano, Europeu, Africano, Árabe e Asiático. Os três primeiros encontram-se mais estruturados, com Comissões e Cortes Internacionais de proteção, enquanto nos dois últimos a aceitação dos Direitos Humanos ainda é incipiente.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (coord). *O sistema interamericano...* p. 19.

No âmbito do *sistema interamericano*, no qual o Brasil está incluído, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* criou a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana*, órgãos com competência para analisar e sancionar os Estados integrantes do sistema de proteção⁵⁹. É de se ressaltar que a Convenção entrou em vigor em julho de 1978 e o Brasil a ratificou em 25.09.1992, reconhecendo a competência da *Corte Interamericana* somente pelo Decreto Legislativo nº 89, de 03.12.1998.

Sílvia Pimentel *et alli*, destacam:

A idéia da consolidação dos sujeitos de direitos internacionais reflete-se, assim, nos instrumentos jurídicos de proteção aos direitos humanos e nos mecanismos de monitoramento e implementação desses mesmos instrumentos pelas instâncias internacionais competentes; mecanismos estes, que devem ser acionados para a proteção de direitos humanos violados, quando o sistema nacional apresenta-se falho, omissos ou insuficiente para protegê-los.⁶⁰

Percebe-se, deste modo, que além de declarar os *Direitos Humanos*, restaram criados mecanismos internacionais cogentes de garantia, nos quais os Estados podem ser acionados judicialmente e condenados pelas ações ou omissões verificadas em seu território que impliquem violação destes Direitos.

Apesar do passado de atrocidades que permeia o nascedouro, a prática dos

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (coord). *O sistema interamericano...* p. 53-150.

⁶⁰ PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia? – abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1998, p. 46. Sobre o sistema de proteção dos Direitos Humanos, consultar: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (orgs). *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

Direitos Humanos, entendidos na concepção de **Perez Luño** como “*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”⁶¹, deve buscar uma prática autônoma⁶² que rompa com a cumplicidade da linguagem reproduzida, sob o mote da morte.

É que o passado construído sobre os acontecimentos históricos, longe de manter os atores jurídicos presos aos mórbidos acontecimentos, precisa resgatar o tempo atual, a existência presente. Com **Luis Alberto Warat**, pode-se dizer que “*o passado atuante no presente paralisa. O passado não tem salvação, o tempo é o seu juízo final. Só podemos reparar o passado tratando de não revivê-lo no presente.*”⁶³. O passado deve servir ao enriquecimento do presente e jamais como elemento empobrecedor, posto que sem essa percepção, o reprimido instala-se nas práticas atuais, imobilizando a ação. É preciso superar o passado e acreditar no futuro. Escreve **Luis Alberto Warat**, que

recordar não é o mesmo que não esquecer. A recordação inscreve-se no devir, permitindo a recomposição retroativa de desejos e acontecimentos, no meio de conflitos atuais. Uma

⁶¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos...* p. 48.

⁶² LYRA FILHO, Roberto. “Desordem e Processo: Um Posfácio Explicativo.” In: LYRA, Doredó Araújo (org.) *Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*, Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1986., p. 299, defende uma fundamentação humanista e aberta para os Direitos Humanos, em perspectiva emancipatória: “*Trata-se de fundamentar os Direitos Humanos, conscientizados, reivindicados e exercidos pelos povos, classes, grupos e indivíduos em processo de libertação – e, quando me refiro aos Direitos Humanos, trato não só daqueles que já constam das declarações oficiais, mas também dos que vão surgindo no processo mesmo que, só eles, podem validar as derivações normativas, isto é, os incidentes de positivação, mediante os quais o Direito é formalizado.*”

forma de tratar de aprender a decidir o que se deve conservar ou enterrar. Relâmpago de uma ruptura que clama outra forma de viver. Recordar-se para liberar amor. Tratamos de não esquecer para deixar o desejo apanhado pela morte.⁶⁴

Logo, a consciência das práticas abusivas do passado, opressoras das liberdades e dos seres humanos, jamais pode impingir o sentimento de culpa deliberado aos atores jurídicos, tratando-os como co-partícipes ou espectadores inertes dos acontecimentos do passado. Como diz **Luis Alberto Warat**: *"Falas que tentam gerar uma certa consciência culposa em auditórios assumidos indiretamente como cúmplices."*⁶⁵ Conhecer o passado, rejeitando a violência e apontando-se para o futuro de forma democrática, sem os totalitarismos e discursos unilaterais⁶⁶ que pululam a militância dos *Direitos Humanos*. Esse resgate do *outro* e do *carinho* para com os indivíduos pode ser feito no âmbito da hermenêutica dos *Direitos Humanos*⁶⁷.

Todavia, **Luis Alberto Warat** assevera que

a possibilidade de fazer política a partir da ótica dos direitos humanos se desenvolve entre dois pólos perigosos: a morte e o juridicismo. Tenho sentido um pouco por toda parte as dificuldades de uma certa prática militante dos direitos humanos que não consegue desvincular seu discurso dos efeitos tenebrosos dos atos cometidos pelo terrorismo do

⁶³ WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre : Síntese, 2000, p.177.

⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias...* p.178.

⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao estudo do Direito*, vol. III. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1997, p.11.

⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao estudo do Direito*, vol. III... p.15, adverte: *"A paixão pelo seu próprio discurso impede-lhes o autêntico exercício de uma prática política que precisa administrar as contradições de uma práxis que o sonho perfeito sempre escamoteia."*

⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001, p. 155-242.

Estado. Um condicionamento autolimitado, que nos coloca frente ao risco da emergência de um mero estereótipo culpabilizador, e de um moralismo transcendente que sela a percepção do futuro, impedindo o luto. Daí o patético que imobiliza construindo uma moralidade perfeita e tanática. A asserção de uma plenitude que se anula como prática de uma forma nova que empurra uma utopia à vida. A luta pelos direitos humanos é a descoberta de uma fórmula incerta, pouco canônica, uma fórmula que se coloca do lado da autonomia dos desejos, não do sacerdócio. Todo luto demanda um balanço que deve ser feito como dispersão de cinzas fecundantes, recuperando as experiências traumáticas do passado, longe das formas de angústia não elaborativa, da angústia que paralisa na repetição melancólica da dor. O sofrimento que se prolonga no tempo corre o risco de facilitar o trabalho de desinvestidura própria de Tânatos. No nível da sociedade, ela pode gerar um estado de psicose coletiva, que facilita a reprodução institucional de uma ordem simbólica predominantemente totalitária. As falas dominantes sobre os direitos humanos encontram-se organizadas a partir de ilusões imobilizadas pela morte e a dor, ilusões que se reencontram com as versões 'jusnaturalistas' da vida: figuras teologicamente estabilizadas por uma moralidade inflexível, homens politicamente mutilados por uma ortodoxia valorativa.⁶⁸

Essa superação do discurso fúnebre que perpassa a prática dos *Direitos Humanos* deve ser substituída por encontro *amoroso* com o devir, na prática da linguagem, postulando novas modalidades e atuações políticas desde o ponto de vista interno do Direito.

Assim é que o jurisdicismo incorre no equívoco de difundir práticas políticas imunizadas ideologicamente, na busca do reconhecimento da neutralidade das lutas, mediante a edição de diplomas internacionais, talhados em conceitos

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*. Vol.III, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p.75.

indeterminados e vagos. **Perez Luño** percebe, também, um certo dogmatismo presente na prática discursiva dos *Direitos Humanos*⁶⁹. Consequência disto, assevera **Luis Alberto Warat**: "*mistificam-se as noções de democracia e de direitos humanos fixando-as ao sentido supra-histórico, apolítico e supostamente protetor que lhe impõem o apelo às salvaguardas jurídicas e a função ideológica do princípio do 'Estado de Direito'*"⁷⁰.

Evitar-se um discurso sobre os *Direitos Humanos*, no qual os indivíduos são tratados como coisas, tomando-se consciência de que se tratam de seres vivos e criativos, capazes de olhar para além do discurso sobre *Direitos Humanos* e buscar, desde dentro da prática da linguagem jurídica novas formas de aproveitar o resultado deste processo histórico de lutas, abrindo frentes semiológicas de sentido, é a tarefa do ator jurídico *garantista*. Dito de outra forma, é preciso deslocar o discurso das verdades dadas, para verdades construídas, históricas e, por isso mesmo, superáveis.

A prática dos *Direitos Humanos* deve se dar em face do passado e não contra ele, ciente do caráter político de sua ação jurídica, no indeclinável processo de enfrentamento do instituído em busca da democracia material. **Katie Argüello** sintetiza: "*É fundamental, do ponto de vista da ação política, resgatar a dimensão política do jurídico, a partir da qual se torne possível afirmar um compromisso ético*

⁶⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos...* p. 44-45.

⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*. Vol.III, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p.76.

para com a causa da democracia, da cidadania e da dignidade humana”⁷¹.

Mauro Almeida Noletto, após inserir a linguagem no processo de efetivação dos *Direitos Humanos*, afirma:

A luta pela efetivação dos direitos do homem, enquanto consciência histórica de emancipação, não pode prescindir da mediação de uma teoria crítica responsável. Isso significa, precisamente, que a atitude crítica, sem abandonar seu viés de negação e denúncia dos desvios ideológicos, dos vícios da legislação e do dogmatismo, resultantes do excesso regulatório característico da modernidade, deve partir para a afirmação e o desenvolvimento de diretrizes hermenêuticas para a prática dos operadores jurídicos, onde os direitos humanos apareça, de acordo com Lyra Filho, como opções jurídicas indeclináveis, que conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais dentro da História.⁷²

Em suma, os *Direitos Humanos*, com o resgate do caráter político e do presente, deve funcionar como condição de possibilidade para instauração de uma sociedade mais autônoma e democrática, rompendo-se com os discursos jurisdicidas, que acabam incorrendo nos equívocos antecedentes. É que a mera declaração de normas de *Direitos Humanos*, sem abertura democrática e hermenêutica, devolve ao *senso comum teórico*⁷³ a autoridade de atribuição de sentido. E, abdicando-se do processo de atribuição de sentido, não há condições de

⁷¹ ARGÜELLO, Katie. “O Mundo Perfeito ... p. 100.

⁷² NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade Jurídica: A titularidade de Direitos em Perspectiva Emancipatória*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1998, p. 100.

⁷³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito*, vol. I. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994, p. 14, fixa: “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de

eficácia dos *Direitos Humanos* no plano da vida. Somente neste campo da linguagem é que se mostra possível a efetiva proteção dos *Direitos Humanos*.

E justamente neste campo que acaba se materializando a *falácia garantista*. Isso porque não basta a mera declaração de direitos, se não houver, também e paralelamente, mecanismos idôneos e capazes de corrigir os desvios e efetivar os direitos na sua maior extensão. **Sérgio Cademartori** aponta: “Assim, tal tarefa de plasmar novas garantias e torná-las efetivas será já não uma questão jurídica, mas fática e política: tem a ver com a predisposição dos poderes públicos para atender ao princípio da centralidade da pessoa, bem como da dignidade a ela inerente. Outrossim, tal tarefa tem a ver com a atitude da sociedade para a reivindicação de tais garantias, ou seja, para lutar pelos seus direitos.”⁷⁴

Não é suficiente, portanto, a existência de belíssimas declarações de Direitos a-políticos, a-históricos e imunizados ideologicamente. Necessita-se da crescente mobilização no processo de atribuição de sentido, inserido no campo político, tendente à concretizá-los⁷⁵, para que não se tornem vazias as promessas, dissolvidas nos percalços do mundo da vida.

um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.”

⁷⁴ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...* p. 167. Também: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* p. 941.

⁷⁵ Conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

CAPÍTULO 2 – NORMA, ORDENAMENTO E INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

2.1 ATRIBUTOS DAS NORMAS JURÍDICAS – APORTES GARANTISTAS

Decorrente direta da concretização da Constituição, **Luigi Ferrajoli** propõe a (re)leitura sobre os critérios de *validade*, *vigência* e *eficácia* das *normas jurídicas*, passando a expor uma tríade de atributos desta. Não se pode, entretanto, analisar a releitura proposta por **Luigi Ferrajoli** sem recordar a contribuição de **Hans Kelsen** e sua *Teoria Pura do Direito*⁷⁶.

A teoria do Direito proposta por **Hans Kelsen** representou um verdadeiro divisor de águas na Filosofia do Direito em face da maneira pela qual ele propôs o olhar sobre o objeto Direito. Esse olhar tinha pressupostos filosóficos da *Escola Neokantiana*⁷⁷, segundo a qual o importante era o método, bem assim fundamento

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.

⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, vol. II. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995, p. 136-137, assevera: “Para Kant, a determinação racional da possibilidade e limite do conhecimento puro precede ao conhecimento do real. Da mesma forma, para Kelsen a necessidade de uma teoria pura, que delimite o objeto de conhecimento jurídico e estabeleça as condições e possibilidades do mesmo, precede logicamente o conhecimento das ciências jurídicas positivas. Por isso, a tarefa prioritária da teoria pura é estabelecer as

*Neopositivista*⁷⁸. É que somente com rigor metodológico poder-se-ia fazer ciência.

Tendo em vista o caráter meramente descritivo, **Hans Kelsen** elegeu as normas jurídicas como seu objeto de estudo, construindo, assim, uma teoria formal, desvinculada, pois, do mundo da vida. No contexto histórico em que surgiu a *Teoria Pura do Direito*, a proposta lançada por **Hans Kelsen** significava o rompimento com o paradigma⁷⁹ *jusnaturalista*⁸⁰. A proposta era a abstração dos aspectos morais, sociológicos, religiosos, de Justiça, dentre outros, propondo a discussão meramente vinculada ao disposto nas normas jurídicas emanadas pelo Estado. Formou, destarte, o normativismo *Kelseniano*, preocupado exclusivamente com a lei e as demais normas positivas, com o escopo de purificar a ciência jurídica, então pululada por diversos fatores. Procurou e conseguiu dar personalidade ao Direito, investindo-o de caráter próprio: as normas.

De sorte que a *Teoria Pura do Direito* pretende analisar cientificamente o

categoria jurídicas distintivas e determinantes, em última instância, do campo temático específico das ciências jurídicas, as categorias constituintes da normatividade. Para este trabalho teórico apelarmos para o método transcendental kantista, que permitiria a Kelsen estabelecer a legalidade da ciência jurídica.”. Na esteira, OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 51 escreve: “A pureza metodológica recorda, por uma parte, a idéias (tomada das escolas neokantianas) de um conhecimento formal, categórico, a priori, e por isso puro e objetivo; e, por outra, supõe uma profissão de incontaminação ideológica, política e moral no estudo do direito.”

⁷⁸ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000, p. 5-38.

⁷⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, externa dois conceitos de paradigma: Primeiro: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. p. 219. Depois: “Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades.” p. 222. Os paradigmas são, assim, como a constelação dos compromissos de grupo.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I. Trad. Carmen C. Varriale et alli. Brasília : UNB, 1999, p. 655: “O *Jusnaturalismo* é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (*direito positivo*). Este direito tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.”

seu objeto, munida de pureza metódica, afastando da ciência jurídica qualquer elemento estranho, reduzindo-o à pura norma⁸¹. O processo de depuração propugnava um duplo decantamento, consistente na exclusão do mundo da vida e de aspectos valorativos, restringindo-se, pois, ao mundo lógico: norma jurídica.

Por não ser seu objeto, pouco importa à ciência jurídica como as normas são produzidas ou como deveriam ser, posto que isto é objeto da *Política Jurídica*⁸². Com esse desiderato a tarefa científica restringia-se à descrição, sem qualquer necessidade de discussões valorativas por parte dos juristas, fiel - sempre - ao seu objeto e desprovido de preocupações decorrentes, por exemplo, da Justiça, em decorrência da neutralidade pressuposta⁸³.

Hans Kelsen distinguia o mundo do ser, próprio das ciências naturais, do dever-ser, no qual o Direito estava situado. Premissa de seu pensamento era de que não existe possibilidade lógica de deduzir o *dever-ser* do ser, ou seja, de

⁸¹ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* México: Fontamara S.A., 1995, p. 8, esclarece: “Y por último, apoyándose en la comparación de todos los fenómenos calificados como ‘derecho’, se puede investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países. Esta es la tarea de una teoría general del derecho, es decir, de una teoría que no se limita a un determinado orden jurídico o a determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho.”

⁸² Assim é que a formulação do Direito ficava a cargo do legislador, seara em que o aspecto valorativo desfilava com vigor, ao jurista era descabida essa valoração, mas tão somente a interpretação a-valorativa das normas jurídicas, sem a pretensão de suplantar a tarefa do legislador e, desta forma, violar o dogma da separação de poderes. Conferir: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994. KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 210, assevera: “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso,

descobrir as normas jurídicas dos fatos - natureza. Com essa dicotomia, o mundo da vida seria regido por leis da causalidade, enquanto o mundo do Direito traria as leis da imputação⁸⁴.

Com esse instrumental, a norma jurídica habitaria o mundo do *dever-ser* e obedeceria à idéia de imputação, decorrente de um comando ou mandamento. Logo, a norma jurídica, em regra, traria um juízo hipotético de determinada conduta que, uma vez verificada, redundaria na aplicação da correspondente sanção⁸⁵.

À formulação das regras de reconhecimento das normas jurídica, segue-se a aplicação hierarquizada destas. A estrutura do sistema estaria representada por uma pirâmide normativa, composta no vértice pela *Norma Fundamental*, recurso lógico/pressuposto de validade de um sistema hierárquico, deduzindo-se, formalmente, a delegação da validade da norma superior. A linhagem formal ascendente é o fundamental para o reconhecimento e conseqüente validade formal da norma jurídica.

De sorte que a primeira manifestação positiva da *Norma Fundamental* estaria materializada pela Constituição. O conteúdo da *Norma Fundamental* é meramente formal, sem, pois, vinculação valorativa ou material, não justificando o ordenamento por critérios outros que não o lógico.

pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito."

⁸⁴ Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*... p.10-11.

⁸⁵ A representação clássica é a de que *Se é A, deve ser B, em que A é o ilícito e B a sanção*.

A resolução do problema das fontes do Direito foi solvida mediante a implementação de uma perspectiva unificada do Direito, decorrente exclusivamente do Estado. Esse casamento entre Estado e Direito impede a introdução de qualquer pluralismo jurídico, condicionando a validade à emanação formal do Estado⁸⁶.

Apesar das críticas a que a *Teoria Pura do Direito* está sujeita, o importante para efeito do presente escrito, é que a forma prepondera sobre o conteúdo e o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado.

Estabelecidas essas premissas, torna-se possível compreender a (re)definição das categorias tradicionais das normas jurídicas proposta por **Luigi Ferrajoli**. Para este autor normas são *vigentes* (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de validade, aferido em face da norma superior, reservando ao termo *validade* o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, típica do paradigma *Kelseniano*. A *eficácia*, por sua vez, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três categorias imputáveis às normas: *vigência*, *validade* e *eficácia*.

Sérgio Cademartori esclarece:

⁸⁶ Conferir: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo : Alfa-Ômega, 1997.

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica. (...) No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.⁸⁷

Com isso, pode-se estabelecer que uma norma é *vigente* quando decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal, consoante afirma **José Luis Serrano**: *"Juicio de vigencia es aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad."*⁸⁸

Por outro lado, a norma somente é válida se, analisada no contexto Constitucional, for compatível materialmente⁸⁹, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido. Sua aferição, todavia, não se dá no sistema da lógica binária

⁸⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade ...* p. 83.

⁸⁸ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia: La Aportación Garantista de la Norma Jurídica*. Madrid: Trotta, 1999, p. 51.

⁸⁹ MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica*. Porto Alegre : 2000, p. 96.

(válido/inválido) como preconiza o *paleopositivismo*⁹⁰, mas é flexível e variável, dependendo de diversos fatores, especificamente para os limites deste trabalho, fáticos. No mesmo sentido, **José Luis Serrano** assevera: *“Juicio de validez es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces”*.⁹¹

Conquanto possa parecer, ao primeiro olhar, que há vinculação da validade à Justiça, tal aparência é equivocada. A Justiça não é sinônimo de validade⁹². O fundamental para tal percepção é que a validade está jungida ao conteúdo das normas Constitucionais, rompendo-se com o sistema lógico de validade/nulidade, ganhando, pois, contornos escalonáveis, aferidas do ponto de vista interno do

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías ...* p. 21, pondera: “*Estas aporías se desvanecen cuando se abandonala concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de Constitución rígida.*”

⁹¹ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...* p. 51.

⁹² SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...* p. 53, explica: “*Sin embargo, apenas se matizan las dos similitudes entre validez y justicia se convierten en varias importantes diferencias: la primera es que, como todo juicio de valor, el juicio de validez es opinable, variable y flexible. Es precisamente la posibilidad de graduación y ponderación entre los distintos valores que expresan las normas y la posibilidad de desviación respecto de los principios del ordenamiento lo que hace posible este tipo de juicios, pero la opinabilidad de un juicio no necesariamente lo desacredita por arbitrario o ideológico. Tampoco lo equipara necesariamente con el juicio de justicia. La validez no se demuestra, se argumenta. La validez no es resultado de un raciocinio lógico-deductivo necesario, sino de una argumentación desde la racionalidad de la praxis. La justicia también. Pero, y ésta la diferencia, la validez está sometida a una dinámica de control interno, tiene un componente de racionalidad (lingüística y sobre todo) sistémica que la justicia no tiene, o no al menos en el mismo grado. E juicio de validez depende de los mecanismos internos de control del sistema jurídico, en mucha mayor medida que el juicio de justicia pueda depender de mecanismos de control de los sistemas morales. Los sistemas jurídicos están más diferenciados y son, en este sentido, mucho más cerrados que los sistemas morales.*”

Dirieto. **José Luis Serrano** sintetiza: "*el juicio de validez se distingue del juicio de vigencia por no ser binario, sino gradual y por no ser de hecho sino de valor. Y se distingue del juicio de justicia por no ser externo, sino interno. No ser social, político o moral, sino jurídico.*"⁹³

Diante dessa nova conformação, pode o ator jurídico analisar a norma isoladamente e deixar de aplicá-la por não ser válida em face do caso específico, apesar de válida em outra situação jurídica. Significa a possibilidade da *resistência Constitucional*, autorizada pela legítima possibilidade de opinião material/constitucional sobre a própria norma jurídica.

A incidência desse critério de validade garantista se dá no âmbito de um ordenamento jurídico em constante mutação, diante das necessidades advindas de uma *sociedade complexa*⁹⁴, acrescido, ainda, do contínuo aparecimento de normas jurídicas emanadas de organismos internacionais. Para os fins do presente escrito, será trabalhada a problemática dos *Direitos Humanos*, cujo art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 os insere como direitos com gabarito constitucional, como se verá.

Para o *paleopositivismo*, a existência de um ordenamento jurídico pressupõe a coerência lógica de seus pressupostos e o rigor da linguagem, ignorando, todavia, as deficiências de sua estrutura.

⁹³ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...* p. 54.

⁹⁴ Conferir: WARAT, Luís Alberto. *O Ofício do Mediador...* p. 247-278; MORIN, Edgar. *Meus demônios*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997, p. 200-201.

Nesse sentido, a *dogmática*⁹⁵ no paradigma *paleopositivista* busca desenvolver um sistema *coerente, unitário e completo*, capaz de dar conta da complexidade contemporânea, lançando mão, para tanto, principalmente de recursos hermenêuticos lógico-formais, capazes de conferir os atributos de uniformização, previsibilidade das decisões e, por via de consequência, da prometida segurança jurídica tributável ao modelo *liberal-individualista-normativista*⁹⁶.

Sem o *sistema jurídico*, esclarecidas quais as normas válidas, não há condições de se apurar eventual contradição lógica, demonstrando, pois, a necessidade de seu estudo. Esse sistema jurídico é visto sob o ângulo da teoria pela qual será analisada a realidade manifestada pelo Direito, buscando dar-lhe racionalidade, agrupando e relacionando os objetos, mediante regras próprias.

É importante deixar desde já assentado que, apesar da manifestação da vontade histórica do Poder Legislativo, na sua vigência, a norma jurídica recebe os influxos de diversos outros fatores componentes do cotidiano - antropológicos, sociológicos, axiológicos, etc. Assim é que as normas não apresentam um sentido

⁹⁵ A dogmática é entendida neste trabalho como a “*idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.*” ANDRADE, Vera Regina Pereira Andrade. *Dogmática Jurídica – esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996, p.18.

⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília : UNB, 1999, p.123: “*Naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, livre do arbitrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de mais nada, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contrato e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável.*”

primitivo e absoluto, mas variam no tempo e espaço. Trata-se de um processo de atribuição de sentido, consoante será demonstrado oportunamente. Todavia, é de se ressaltar que as normas não possuem um significado unívoco, primevo, capaz de ser descoberto pelos métodos jurídicos de interpretação, mas decorre de um processo de atribuição de sentido instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista ideologicamente.

2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO

Com efeito, a existência de um ordenamento jurídico é condição de possibilidade para discussão posterior sobre o papel da *Constituição*, das *lacunas*, das *antinomias* e das formas de resolução, dentre outras circunstâncias e características. A concepção *paleopositivista* invocada encontra forte influência de **Hans Kelsen**, na pena de **Norberto Bobbio**, segundo o qual “*uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico.*”⁹⁷

Além de mediar as condutas, o ordenamento jurídico “*regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras. Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa.*”⁹⁸ Dito de outra maneira, as normas de conduta produzidas pelo sistema encontram mecanismos próprios e decorrentes desse mesmo sistema, para alteração, modificação e extinção; o sistema é auto-regulável no tocante ao procedimento de produção das próprias normas.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília : Editora UNB, 1999, p. 22

Norberto Bobbio apresenta, na sua percepção, os alicerces de um ordenamento jurídico, *único, coerente e completo*, capaz de superar todas as antinomias e lacunas verificáveis, sem perder a *autonomia*.

Dentre os atributos do ordenamento jurídico, aviva como pressuposto lógico a compleição *unitária*. Isso porque “*não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário.*”⁹⁹ Esse requisito de unidade, encontra na *Norma Fundamental* de **Hans Kelsen**, seu estatuto de validade.

É que a unidade pressupõe um núcleo lógico irreduzível e, na concepção de **Hans Kelsen**, esta seria conferida pela *Norma Fundamental*, como já visto. **Norberto Bobbio** esclarece: “*A Norma Fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem a Norma Fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento.*”¹⁰⁰ Esse postulado representa a base do ordenamento jurídico e, como tal, é pressuposta logicamente, sem que possa ser deduzida do próprio sistema¹⁰¹.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 45.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 48.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 62, expõe: “*E como um ordenamento pressupõe a existência de um critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo, e um princípio que as unifique, não pode existir um ordenamento sem norma fundamental. Uma teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis.*”

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 13, comenta: “*Esse princípio da unidade pode levar-nos à questão da correção do direito incorreto. Se se apresentar uma antinomia, ou um conflito entre normas, ter-se-á um estado incorreto do sistema, que precisará ser solucionado, pois o postulado desse princípio é o da resolução das contradições. O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista,*

Conquanto haja pretensão de totalidade, consubstanciada pelo escopo de prever todas as possibilidades do mundo da vida, esta completude resta prejudicada, no mundo de hoje, por diversos fatores, dentre os quais a complexidade atual, inserida nesta última o aspecto temporal das normas jurídicas, a viragem lingüística e filosófica da hermenêutica jurídica contemporânea e, por último, a ausência de técnica legislativa.

A necessidade de produção legislativa decorre diretamente da evolução social, com novas necessidades, fatores e seria ingênuo deixar de tocar na concepção *Neoliberal*, na garupa de uma *globalização totalizante*¹⁰². **Norberto Bobbio** esclarece no tocante às normas: “*Os juristas queixam-se que são muitas, mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social*”¹⁰³

A complexidade atual da sociedade, empurrada pela ciência, exige diuturnamente novas concepções e interpretações sobre o cotidiano, abandonando-se as posições tão seguras do passado. Isso porque os avanços científicos não param, nem podem. Por mais que a ciência aplicada avance, a imaginação do cientista rompe barreiras, chega mais longe. A busca se renova, revigora-se, ressurgente. A ciência flui e o ordenamento jurídico na visão tradicional capenga no

elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito.”

¹⁰² Conferir: VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro : Record, 1997; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI – conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro : Luam, 1997, p. 26; e BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país Neocolonial*. São Paulo : Malheiros, 1999.

seu encaixo, na ânsia sempre vã de regulamentar tudo por regras jurídicas, como se isso fosse instalar a paz perpétua. Vive-se ainda, no plano do Direito, como se a sociedade contemporânea habitasse a ingenuidade escamoteada do modelo liberal - do mito - da autonomia da vontade, sem que nunca se consiga acompanhar legislativamente as evoluções científicas¹⁰⁴.

Entretanto, apesar do equívoco corrente, a pretensão de completude do Direito não deve ser confundida com a completude de regras, mas sim do próprio Direito. **Norberto Bobbio** esclarece que por completude: *"entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso."*¹⁰⁵ Todavia, remanesce a confusão no *senso comum teórico dos juristas* de que a lacuna de regras se equivale à de normas. Essa necessidade (de uma norma jurídica) advém do princípio de que os julgamentos devem se dar com base em normas validadas pelo ordenamento jurídico e o acolhimento do *non liquet* geraria uma patologia incompatível com os fins do próprio ordenamento¹⁰⁶. A lacuna de

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 37.

¹⁰⁴ HORGAN, John. *O fim da ciência – uma discussão sobre os limites do conhecimento científico*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 32, percebe que: *"É fácil compreender por que tantas pessoas não conseguem acreditar que a ciência, pura ou impura, possa estar terminando. Há apenas um século, ninguém podia imaginar o que o futuro nos reservava. Televisão? Jatos? Estações espaciais? Armas nucleares? Computadores? Engenharia genética? Deve ser tão impossível para nós prever o futuro da ciência – pura ou aplicada – quanto teria sido para Santo Tomás de Aquino prever Madonna e os fornos de microondas. Assim como para os nossos antepassados, há maravilhas, completamente imprevisíveis, à nossa espera. Só deixamos de conhecer esses tesouros se decidirmos que eles não existem e pararmos de procurá-los. A profecia só pode ser auto-realizável"*

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 115.

¹⁰⁶ Ronald Dworkin trabalha na perspectiva de uma resposta única e correta para cada caso, construindo a "tese da integridade do Direito", segundo a qual, diante do que denomina *casos difíceis*, os juízes não elaboram um lei inteiramente nova, mas a interpretariam, buscando descobrir quais os princípios morais que serviram de fundamento para esta e depois, atualizando esses princípios, aplicam-nos ao caso sob julgamento. Utiliza o arquétipo do romancista (juiz) que é convidado para escrever um capítulo de um romance que já foi escrito por

regras, pois, é plenamente possível e, para **Maria Helena Diniz**, "*constitui um estado incompleto do sistema, que deve ser colmatado ante o princípio da plenitude do sistema jurídico.*"¹⁰⁷

Tendo em vista a possibilidade de *unidade* do ordenamento jurídico, segue-se a necessidade de sua *coerência* interna entre as normas de mesma hierarquia e as superiores, avivada pela possibilidade de resolução das *antinomias*, consciente, entretanto, dos problemas antes indicados (complexidade, multiplicidade de regras e ausência de técnica legislativa¹⁰⁸). A existência de normas incompatíveis não se concilia com a idéia de *unidade* do ordenamento jurídico para o *paleopositivismo*. **Norberto Bobbio** adverte que "*o sistema eqüivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.*"¹⁰⁹

Nessa busca de *coerência* interna, as normas são analisadas, em geral, pelo sistema binário que implica o reconhecimento da validade de uma e exclusão da outra, ou mesmo exclusão das duas. A coerência lógica se dá no âmbito das normas, e estas são as partes do sistema - as árvores da floresta, utilizando-se o

outros. Ele não possui liberdade ampla, mas deve continuar a trama com os personagens já presentes. Conferir: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-266.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12

¹⁰⁸ As dificuldades decorrentes da utilização de termos vagos e ambiguos será analisada no Capítulo 3. Além destes aspectos, apesar do Brasil contar com a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, que fixam diretrizes para redação legislativa, buscando estipular critérios mínimos na redação das leis, por não trazerem qualquer sanção, são olímpicamente ignoradas pelo Poder Legislativo.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 80.

arquétipo de **Norberto Bobbio**¹¹⁰. Existe, todavia, como já se demonstrou, a possibilidade de uma coerência mais refinada, escalonável, plasmada pelo critério de *validade garantista*, segundo o qual a norma jurídica é sempre validada do ponto de vista interno do ordenamento jurídico¹¹¹.

No paradigma *paleopositivista*, as normas conjugam atributos de validade ou invalidade, sendo o conflito das proposições, resolvido pelo Poder Judiciário, optando-se por uma das alternativas. Contudo, a *antinomia* somente poderá ser resolvida por ato do Poder Legislativo, posto que o Judiciário não pode por si, salvante no controle concentrado, expungir a norma do ordenamento jurídico¹¹².

Em sendo considerado como sistema, não se pode aceitar a existência de antinomias. Segundo **Norberto Bobbio**, podemos verificar sua ocorrência quando: "1) *entre uma norma que ordena fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade)*; 2) *entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade)*; 3) *entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer*

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 20.

¹¹¹ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...* p. 104, esclarece: "Atribuir esta posición preeminente al sistema conducirá al conflicto paradigmático en el interior de la teoría del derecho. Este conflicto se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional - mecanicista, analítica y atomista -, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, de la misma forma que un puzzle se construye con piezas, un reloj con muelles y tornillos, y un puente con piedras; para la nueva perspectiva garantista que es compleja, sistémica, cuántica y holista, normas jurídicas son aquellas que forman parte de un ordenamiento jurídico, porque han sido validadas como tales por mecanismos internos al sistema. En otros términos: no hay ordenamiento jurídicos porque existan normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos."

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas...* p.54, ressalta: "a decisão judicial tão-somente torna alternativas indecidíveis em decidíveis, pondo-lhes um fim. Pôr fim, não quer significar eliminar incompatibilidades, mas apenas que o conflito não poderá mais ser retomado no plano institucional (coisa julgada). O juiz não terá, portanto, o poder de eliminar a dúvida, que poderá subsistir após a decisão do

(contraditoriedade).¹¹³

Antinomia para **Norberto Bobbio**, portanto, é “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.”¹¹⁴ Essa conceituação, entretanto, necessita de um complemento proposto pelo próprio **Norberto Bobbio**, consistente na percepção de que as normas devem ser do mesmo ordenamento e com igual âmbito de validade¹¹⁵.

Maria Helena Diniz escreve:

A antinomia representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. A antinomia é um fenômeno muito comum entre nós ante a incrível multiplicação de leis. É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é exigência fundamental, como já dissemos, do princípio da unidade do sistema jurídico. Por conseguinte, a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais.¹¹⁶

Dentre os critérios para resolução das *antinomias*, manejam-se

conflito, pois, na verdade, resolve não a colisão normativa mas o caso concreto submetido a sua apreciação. Só o legislador é que poderia eliminá-lo.”

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 85.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 86.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 87-89. Os âmbitos de validade seriam temporal, espacial, pessoal e material. Esclarece, ainda, que as antinomias podem ser, lançando mão de uma classificação de Ross: 1) total-total; 2) parcial-parcial; 3) total-parcial.

ordinariamente, três fórmulas para extirpação dessa situação incoerente, reconhecendo **Norberto Bobbio** que “essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia.”¹¹⁷, dividindo-as entre as solúveis e as insolúveis. Os critérios preconizados servem para as primeiras e são: *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*.

O *critério cronológico* é aquele decorrente do contexto temporal, segundo o qual a norma posterior prevalece sobre a anterior. O *hierárquico* encontra-se vinculado à concepção do sistema escalonado normativamente. A situada em grau superior têm preponderância em relação à situada em patamar inferior¹¹⁸. O terceiro critério é o de *especialidade*, mediante o qual, havendo normas incompatíveis entre si, uma geral e uma especial, esta prevalece, tendo em vista que a especialidade está inserida na discussão da Justiça buscada pelas normas específicas.¹¹⁹

Norberto Bobbio resume e aponta o óbice: “O *critério cronológico* serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o *critério hierárquico* serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o *critério de especialidade* serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível;

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas...* p. 15.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 92.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 93, sustenta: “A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo.”

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 96.

3) ambas gerais." ¹²⁰

Na tentativa de dar uma resposta satisfatória, **Norberto Bobbio** procura um resgate pouco convincente de "velhos tratados"¹²¹, concluindo que não existe um quarto critério absoluto, "no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete. ... seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas"¹²². Em relação à terceira possibilidade, **Norberto Bobbio** destaca:

é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais frequentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferencialmente, à eliminação da incompatibilidade.¹²³

Nessa ocorrência, a resolução da *antinomia* seria hermenêutica, mediante o recurso que **Norberto Bobbio** denomina de *interpretação corretiva*¹²⁴.

Fixados os contornos do ordenamento jurídico do *paleopositivismo*,

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 97.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 98.

¹²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 100.

¹²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 102.

mediante a aplicação da concepção *garantista* de *validade* anteriormente estabelecida, pode-se falar numa *antinomia refinada*, desde que aceita a divisão das normas jurídicas em *princípios* e *regras*.

Apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre leis de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com *princípios*, quando em choque com *regras*. É preciso, todavia, despedir-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a eficácia cogente e absoluta dos *princípios*.

Entretanto, a conceituação do que se constitui princípio constitucional é tarefa árdua¹²⁵, em face da ausência de operacionalidade na prática forense. Os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com *princípios*, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à *regra* jurídica. A incapacidade instrumental-prática dos *princípios*, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista que informa o *senso comum teórico dos juristas*, com forte apropriação equivocada da racionalidade *Weberiana*, manifestada pelo *legalismo fetichista e rasteiro*. É preciso, contudo, dar-se efetividade aos princípios constitucionais.

Antes, porém, necessária a compreensão de que o sistema jurídico Constitucional brasileiro é *normativo aberto*, composto de *regras* e *princípios*, posto que possui um sistema *dinâmico* de normas e é *aberto* por ter uma estrutura

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamiento...* p. 103.

dialógica, que no dizer de **J.J. Gomes Canotilho**¹²⁶, consiste na possibilidade de adequação à realidade – concepções de validade e justiça –, bem assim por ser composto por normas, divididas entre *regras* e *princípios*.

J.J. Gomes Canotilho reconhece que a tarefa para distinção entre *regras* e *princípios* é penosa, indicando, todavia, critérios para tanto: a) *grau de abstração*: os princípios tendem a ser bem mais abstratos do que as regras; b) *grau de indeterminação*: aferível em face da aplicação ao caso concreto, “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa”¹²⁷.

Essa concepção das normas jurídicas divididas em espécies encontra desenvolvimento na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de **Robert Alexy**¹²⁸. Ciente da dificuldade interpretativa dos *Direitos Fundamentais*, diante da vagueza e ambigüidade de suas formulações, impeditivas de uma univocidade de sentido, **Robert Alexy** procura fixar uma *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, com lastro nos positivamente válidos, inserida, portanto, no âmbito da dogmática jurídica, dividida para o autor, em três dimensões: a) *analítica*; b) *empírica*; e c) *normativa*. Na dimensão *analítica* está inserida a discussão sobre conceitos, suas relações, fixando-se a estrutura do direito válido. A dimensão *empírica*, de seu turno, possui

¹²⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*... p. 95.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*... p. 1.033.

¹²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*... p. 1.034.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

duplo significado. Em primeiro lugar, descreve o direito positivado e, em segundo, a práxis judicial, com forte análise da argumentação jurídica¹²⁹. Por último, a dimensão *normativa* seria composta pela orientação e crítica da práxis jurídica, especificamente da jurisprudência judicial, com a pretensão de apurar a decisão correta ao caso, diante do ordenamento jurídico. Dito de outra forma: a dimensão *normativa* procura indicar, em face do direito válido, qual a decisão correta, considerando, todavia, que a resposta inclui aspectos axiológicos de quem formula a questão¹³⁰.

Nesse olhar sobre o Direito, cada vez mais a ciência do Direito adota a posição do juiz, sem embargo das demais, tendo em vista a construção de enunciados e teorias voltados à resolução de casos concretos do mundo da vida. Para conseguir tal escopo, a ciência jurídica precisa, assim, vincular as três dimensões, como aponta **Robert Alexy**: *“Tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.”*¹³¹

Se os *Direitos Fundamentais* são vistos numa ótica *normativa*, a clareza da estrutura destes é condição de possibilidade para racionalidade de argumentos jusfundamentais. Ao mesmo tempo que defende a importância estrutural, **Robert Alexy** está atento ao fato de que as decisões jurídicas não são decorrência direta

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.... p. 30.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.... p. 30.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.... p. 33.

de raciocínios meramente lógicos¹³². Todavia, tal constatação não exclui a importância da dimensão *analítica*.

Do que aqui foi tratado, importa, com maior vigor, para os limites deste escrito, a diferenciação que **Robert Alexy** faz entre *regras* e *princípios*, cuja perfeita compreensão é basilar à aplicação dos *Direitos Fundamentais*. “*Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.*”¹³³

Essa distinção, ressalta **Robert Alexy**¹³⁴, não é novidade. São numerosos os critérios de distinção entre regras e princípios. Dentre estes, a *generalidade* é o mais frequentemente utilizado, segundo o qual os *princípios* a possuem num grau maior, destacando o professor alemão:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.¹³⁵

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 17, assevera: “*Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica, derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros.*”

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.... p. 81.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.... p. 82.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.... p. 83.

Assim, tanto as regras como os princípios apresentam juízos concretos do dever ser, manifestando, contudo, duas diferenças de caráter qualitativo. Enquanto as regras são *"normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es valida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"*¹³⁶; os princípios, de seu turno, se materializam por normas que: *"ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas."*¹³⁷

J.J. Gomes Canotilho, compartilhando a divisão, preconiza: *"A distinção feita atrás entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. Regras - insista-se neste ponto - são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)"*¹³⁸. De outro lado: *"Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a optimização de um direito ou de*

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.... p. 87.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.... p. 86/87.

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*.... p. 1.123.

um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica" ¹³⁹.

Desde logo é necessário deixar evidente que, no caso de colisão, ao contrário do que se dá genericamente com as *regras*, entre *princípios* não há invalidação de um ou mesmos dos dois, mas juízos de preponderância em face do caso analisado. Essa ponderação não pode ser absoluta. Deve partir do caso concreto, cotejando-se qual dos *princípios* em tensão possui, na espécie, o maior peso. Para **Robert Alexy**,

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.¹⁴⁰

De fato, a ponderação dos *princípios* não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto. Em uma outra hipótese, em que haja colisão dos mesmos *princípios*, todavia, a decisão de peso pode se dar em sentido oposto, mantendo-se, contudo, os princípios no ordenamento jurídico. Não há, pois, tarifação estática entre os princípios.

No caso possível de colisão entre *regras* e *princípios*, os *princípios* que informam as regras devem ser avivados, fazendo-se, posteriormente, a ponderação dos respectivos pesos diante do caso concreto. A colisão, portanto, se dará na

¹³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*,.... p. 1.123.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*,.... p. 92.

frequência dos *princípios*, mediante o processo de busca, no plano destes, do *pedigree* das regras, com a possibilidade plena de resolução da antinomia.

Willis Santiago Gerra Filho sintetiza a questão:

enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia.¹⁴¹

Não obstante a crítica que se possa fazer a essa concepção elástica dos *princípios*, capaz de propiciar a pretendida impressão da coerência e unicidade do sistema jurídico, como demonstra **Juliana Neuenschwander Magalhães**¹⁴², sua funcionalidade é patente. No caso dos *princípios* constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a principiologia constitucional, conjugando-se os instrumentos teórico-práticos disponibilizados por **Luigi Ferrajoli** e **Robert Alexy**. Este embate, contudo, será feito no campo da linguagem e da hermenêutica.

Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser

¹⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo : Celso bastos Editor, 2001, p. 45.

revisitado, procedendo-se juízos de *validade* - na concepção *garantista* - sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. Propicia, também, que a *validade* das *regras* seja escalonável, abandonando-se o sistema binário de validade/nulidade. Aproveita-se a divisão entre *regras* e *princípios*, admitindo-se, em ambas espécies, a possibilidade de tensões, resolvidas pelo juízo de preponderância, em face do caso sob análise.

Todavia, na prática forense remanesce uma incapacidade de cunho positivista rasteiro, permeada por certo constrangimento devido ao desconhecimento de instrumentos necessários à implementação das promessas da modernidade e Constitucionais. Também é evidente a ausência de comprometimento político dos juristas, sob a cômoda alegação da necessidade de demissão valorativa.

O reconhecimento da existência de um ser antes do pesquisador, implica a admissão da influência de valores na elaboração teórica, afastando, portanto, o mito da neutralidade da ciência. Essa contaminação pelos valores desmascara a dita neutralidade impossível de ser obtida, mas decantada em prosa e verso como sendo pressuposto da realização científica. De fato, a discussão teórico-prática encontra-se inserida no contexto da ação e, portanto, permeada indissociavelmente

¹⁴² MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. "O uso criativo dos paradoxos do Direito" In: ROCHA, Leonel Severo (org.), *Paradoxos da auto-observação*. Curitiba : JM, 1996, p.270-271.

pelos valores. A demissão (in)consciente desse *habitus*¹⁴³ de fazer ciência é condição de possibilidade para compreensão, não necessariamente completa, da realidade que nos circunda. A própria opção da neutralidade implica a aderência aos valores hegemônicos. É que a regra ou o fato só existem após interpretados e, assim, por estarem imbricadas aos indivíduos, inexistem condições do prometido despojamento. Tal construção têm o escopo, no fundo, de levar à pasteurização dos valores do jurista, ou seja, a extirpação do *germe valor*¹⁴⁴.

Ao acreditar que se demitiu dos seus valores, automaticamente acopla e assume os hegemônicos, reproduzindo o *status quo*. Por deficiência técnica e de vontade, na prática jurídica, acabam-se reeditando os velhos conceitos, sem qualquer *oxigenação constitucional* (controle material da constitucionalidade, inclusive em face dos princípios) ou mesmo valoração crítica da lei. Vigora, na sua plenitude, como bem destaca **Edmundo Lima de Arruda Jr**, um *fetice pelo invólucro*. Esse *fetice* se dá tanto em relação às leis, cumprindo-se somente por serem leis, sem qualquer ponderação sobre a validade material e também, até em maior grau, devido a incapacidade hermenêutica dos atores jurídicos, com recurso

¹⁴³ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução – elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p.15-75, definem *habitus* como: “uma formação durável e transportável, isto é um conjunto de esquemas comuns de pensamento, de percepção, de apreciação e de ação.”

¹⁴⁴ ARGÜELLO, Katie. “O Mundo Perfeito... p. 79, sustenta: “O agir humano implica na tomada de posição na luta entre os valores, diz Weber, seguindo o politeísmo de valores nietzschiano: estar no mundo é estar entre a pluralidade de valores. Escolher um, significa definir como não-valores os outros; e disto não há como escapar”. Consultar: PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

step by step aos ditos doutrinadores renomados e a *jurisprudência consolidada*¹⁴⁵.

Percebe **Edmundo Lima de Arruda Jr** que:

os operadores jurídicos trabalham com o sistema jurídico, em grande medida, e guardadas as devidas proporções, sem conhecê-lo em sua totalidade técnica e em seus fundamentos teóricos mais amplos. A grande maioria adere à forma jurídica tomada como direito posto e definitivo. Temos nesse caso uma primeira manifestação de irracionalismo, que poderíamos denominar de fetiche do invólucro (...) Trata-se de duplo fetiche: Primeira, de caráter simbólico, pelo apego ao normativismo; em segundo lugar pelo aspecto concreto, expressado no ritual do mundo forense. É conhecido o apego ao formalismo por parte dos juristas. A exacerbação do ritual jurídico; da predominância do direito processual em detrimento do direito objeto da lide; e o culto religioso à interpretação exegética das normas jurídicas, pressuposta a 'completude do sistema jurídico', constituem alguns dos elementos 'universais' da reprodução do direito moderno, com sinais de maior ou menor fetiche nas várias formações históricas.¹⁴⁶

O *jurista tradicional*, vinculado que está ao positivismo rasteiro, informado por apropriação aparentemente despolitizada de **Max Weber**, acaba manifestando-se como um *jurista autista*, longe do mundo da vida, agarrado na segurança do mundo lógico e crente - porque só pode ser fé - que cumpre seu papel de *dizer o Direito*. Acaba não dizendo o Direito, mas o que mandam que diga: é incapaz de pensar, pasteurizado de valores, é o *jurista papagueador*.

Permeado por valores e ciente de que a Constituição é composta de

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.57-68.

¹⁴⁶ ARRUDA JR, Edmundo Lima. "Weber e Marx, anípodas? Fragmentos para pensar o Direito" In: ARRUDA JR, Edmundo Lima (org.). *Max Weber – Direito e Modernidade*. Florianópolis : 1996, p. 48 e 69.

princípios e regras, distribuídos em todo seu corpo, há sensível modificação na maneira pela qual a *antinomia* deve ser tratada. Pode ocorrer, assim, que certo âmbito de incidência logicamente (e hermeneuticamente) possível afronte o conteúdo constitucional, enquanto a norma genérica e abstrata remanesce com validade em outro âmbito de atuação fático.

Com isso, os atributos do *paleopositivismo* restam fortemente abalados, até porque, como adverte Luigi Ferrajoli “*lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico.*”¹⁴⁷ Assim, dentro de certos limites, que não patológicos,

la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.¹⁴⁸

Dito de outra forma, a *incoerência* e ausência de *plenitude* são partes do ordenamento jurídico¹⁴⁹ e o papel do ator jurídico *garantista* é apresentar

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 28.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 28-29.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p.28, sustenta: “Se há dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de

possibilidades de correção destas situações desde dentro do ordenamento jurídico, isto é, do ponto de vista interno, manejando os atributos das normas jurídicas, tendo em vista que estas não são desprovidas de conteúdo, fazendo a devida e impostergável *oxigenação constitucional*¹⁵⁰.

Luigi Ferrajoli é claro ao afirmar que *unidade, coerência e plenitude*, de fato, não existem na maneira que o *paleopositivismo* pretende. Isso porque é possível a produção de normas vigentes e inválidas, a não satisfação de princípios e regras constitucionais sociais e devido a existência de fontes normativas supra-estatais. Contudo, assevera o jurista italiano:

Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituya el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la coherencia, perseguible a través de la crítica interna dei derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jeraquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional. Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una excesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón

jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.”¹⁵¹

Logo, a discussão sobre a possibilidade do recurso hermenêutico da nulidade parcial sem redução do texto pressupõe a aceitação de um ordenamento jurídico (regras e princípios), ciente de suas limitações e dos problemas estruturais intrínsecos, avivados pela crítica efetuada, cabendo papel de destaque à ciência jurídica de viés garantista.

2.3. OS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E SUA INTERNALIZAÇÃO NO BRASIL

Luigi Ferrajoli propõe, como já visto, quatro classes de Direitos Fundamentais: 1) *Direitos Humanos*, que são os direitos primários das pessoas e extensíveis a todos os seres humanos, incluindo os direitos sociais e os direitos individuais; 2) *Direitos Públicos*, que são os direitos reconhecidos somente aos cidadãos; 3) *Direitos Cíveis*, que são vinculados à possibilidade de trabalhar, negociar; e 4) *Direitos Políticos*, que são conferidos àqueles com capacidade de votar.¹⁵²

Interessam, para os limites deste trabalho, apenas os *Direitos Humanos*, tidos como *Direitos Fundamentais* e de observância material obrigatória pelo *Estado Democrático de Direito*.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 29, aduz: “Y es la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación lo que constiuye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.”

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 33-34.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 40.

Os *Direitos Humanos* podem ser considerados como normas individuais, consensualmente reconhecidas como limites aos Estados, pela ordem internacional. São, nesse pensar, *inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis*. Além disso, possuem um caráter intrínseco de inclusão máxima, rejeitando, portanto, restrições de titularidade e exercício, sem justificável interesse público. Parafraseando **Ronald Dworkin**¹⁵³, deve-se *levar os Direitos Humanos a sério*, despedindo-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a sua eficácia cogente e absoluta, porque são válidos além das fronteiras territoriais e oponíveis inclusive em face do próprio Estado¹⁵⁴. **Carlos Weiss** sustenta que diante dessa base normativa internacional, há possibilidade de “*conjugando-a com as regras constitucionais e legais e abrindo novas possibilidades de intervenção do Direito sobre a realidade social*”¹⁵⁵, implementar seus conteúdos.

Surge, entretanto, a discussão consistente na maneira pela qual há incorporação dos *Direitos Humanos* ao ordenamento jurídico brasileiro. Pressupõe, todavia, a compreensão da maneira pela qual o Direito Internacional e o Direito Interno se relacionam.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...* p. 276.

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: 1992, p. 19, escreve que ao lado da *judicial review* outra faceta do fenômeno da constitucionalidade moderna: “... é a tentativa muito recente e desafiante de afirmar o caráter supranacional de um conjunto de leis e valores – uma Carta de Direitos Supranacional. Esta tentativa é exemplificada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948...”

¹⁵⁵ WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos...* p.18.

Duas teorias buscam explicar esse necessário contato¹⁵⁶. Segundo **Valério**

de Oliveira Mazzuoli:

Foi Alfred von Verdross quem, em 1914, cunhou a expressão 'dualismo', aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. (...) Essa teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores e mais notáveis defensores. Foi Triepel o primeiro estudo sistemático sobre a matéria (*Volkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuja concepção foi aprovada por Dionisio Anzilotti, na Itália, que a adotou, em 1905, em trabalho intitulado *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*, e aplaudida também por Oppenheim. (...) Já os autores monistas partem da inteligência oposta. (...) Os monistas dividem-se em duas correntes: a) uma (*monismo internacionalista*), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem este posicionamento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de direito interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos; b)

¹⁵⁶ Consultar: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público, Vol. I*. Rio de

já, a outra corrente (*monismo nacionalista*) apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno. Mas não em grau hierárquico superior.¹⁵⁷

Com efeito, a primeira, denominada *dualismo*, preconiza a existência de dois ordenamentos paralelos e haveria necessidade de um ato legislativo formal, autorizador da internalização das normas jurídicas advindas de documentos internacionais. A ponte entre os ordenamentos, internacional e nacional, seria efetuada através da *recepção* por ato complexo (decreto legislativo + decreto de execução), constituindo seu fundamento de validade. Corolário dessa concepção é que inexistente possibilidade lógica de entrelaçamento de normas, tendo em vista que são de ordenamentos diversos. A segunda concepção é a *monista*, segundo a qual haveria um imbricamento entre as regras internacionais com as internas, válidas desde o momento em que o Estado celebra um Tratado Internacional, incorporando-o, desde logo ao seu ordenamento, prescindindo da edição de ato legislativo superveniente.

Apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer claramente, no art. 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o senso comum

Janeiro : Renovar, 1997, p. 103-117.

¹⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica*

teórico firmou entendimento, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido do *status* de norma infraconstitucional dos tratados internacionais, mesmo de *Direitos Humanos*, conforme se infere do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 1.480-DF, relatada pelo Min. **Celso de Mello**, no qual restou consignado: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.”¹⁵⁸

A tese sufragada pelo Pretório Excelso foi do paralelismo dos ordenamentos, portanto, *dualista*, dando tratamento paritário entre as normas de Direito internacional e as leis ordinárias, desde que inseridas no ordenamento por ato formal. O reconhecimento das normas de Direito internacional demandaria, portanto, ato legislativo propiciador da ponte de entrada destas normas no ordenamento jurídico nacional. Sem ela, inexistente reconhecimento das normas internamente.

Entretanto, a concepção binária entre *monismo* e *dualismo*, atualmente, cede lugar à criação de uma terceira categoria, intermediária, consistente em um *dualismo mitigado*, justamente pela compreensão de que se deve tutelar os *Direitos Humanos* na sua máxima extensão. Isso porque, se a própria Constituição fixa no

internacional. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 53. São Paulo : PGESCP, 2000, p. 86-88.

seu art. 4º, II, o princípio da “*prevalência dos Direitos Humanos*” nas relações internacionais do Estado brasileiro, não há como excluir esses mesmos direitos aos habitantes do território brasileiro. Dito de outra forma, ao celebrar um tratado de *Direitos Humanos* no âmbito internacional, e em face da impossibilidade de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia*, não pode o Estado (so)negar o mesmo tratamento aos brasileiros.

Proveniente da experiência do controle de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da impossibilidade de “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (willkürlicher Begünstigungsausschluss)*”¹⁵⁹, suplanta a *antinomia de avaliação* defendida por **Norberto Bobbio**¹⁶⁰, partindo para efetiva implementação do *princípio da isonomia*.

Gilmar Ferreira Mendes explica:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade’, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores. (...) Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga determinados

¹⁵⁸ Supremo Tribunal Feral, Informativo nº 135, 7-11/12/1998.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva, 1996, p. 214-216.

benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.¹⁶¹

É que o Estado brasileiro, independentemente do ato legislativo, na ordem internacional, se obriga a defender e implementar os direitos declarados, inclusive com a possibilidade de responsabilização dos Estados recalcitrantes. Logo, inconcebível a diferenciação de tratamento aos habitantes do território nacional que ficariam na dependência da boa vontade do legislador pátrio. Destaque-se que o Estado brasileiro não pode vincular a observância internacional ao acolhimento das regras pelo Legislativo interno, por força da interpretação conjunta do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º c/c art. 4º, II, todos da Constituição Federal de 1988.

Pode-se objetar que nesta concepção o Poder Legislativo estaria alijado do processo de validação de normas jurídicas, em violação do sistema democrático pelo qual a expedição de normas jurídicas estaria a cargo de tal Poder. Todavia, por ter o constituinte originário explicitado que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”* (CF, art. 5º, § 1º) e que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outras decorrentes ... dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (CF, art. 5º, § 2º), bem assim a *“prevalência dos Direitos Humanos”* (CF, art. 4º, II), possível a defesa da desnecessidade de manifestação ulterior pelo legislador ordinário sobre a conveniência do acolhimento das normas internacionais, justamente pela prévia autorização de aderência declarada pelo constituinte

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília – UNB, 1999, p. 90.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996, p.214.

originário no tocante aos Direitos Humanos, particularmente.

Caso aceita a tese da exclusão, o Brasil defenderia internacionalmente Direitos constantes nesses diplomas legais e negaria aplicabilidade interna, em flagrante vilipêndio ao *princípio de tratamento isonômico*. Tal situação não se concilia perante a concepção de *prevalência dos Direitos Humanos* e com as diretrizes constitucionais presentes na Carta de 1988, como normas indisponíveis dos indivíduos.

Pedro Dallari argumenta:

a prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo país para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito internacional público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes 'dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁶²

Assim é que interpretação do Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a coexistência de naturezas diversas dos tratados internacionais, colocando, no mesmo patamar, normas relativas aos *Direitos Humanos* e normas comerciais, dentre outras. Evidentemente que normas de caráter comercial não podem diretamente ter *status* constitucional, nem se está defendendo essa

¹⁶² DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 162.

hipótese¹⁶³. A diferenciação que parece fundamental é a da existência de abertura Constitucional, específica para *aderência* de direitos e garantias inseridos internacionalmente pelas Declarações de Direitos (Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 2º). Em outras palavras, tendo em vista a concepção de *Constituição aberta*, o rol de direitos e garantias aceita a *aderência* ulterior daquelas disposições reconhecidas pela comunidade internacional e positivadas em Declarações da mesma natureza, dando eficácia imediata e de complementaridade, autorizando o seu exercício direto pelos indivíduos no território brasileiro.

Cançado Trindade discorre sobre a maneira pela qual se internalizam os Tratados de *Direitos Humanos* no Brasil, em face da Constituição de 1988:

após proclamar que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio, entre outros, da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II), constituindo-se em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento, inter alia, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), estatui – consoante proposta que avançamos na Assembléia Nacional Constituinte e por esta aceita – que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja Parte (artigo 5º, §2º). E acrescenta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º). O disposto no artigo 5º §2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou

¹⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 94, defende essa concepção: “Justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a

diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5º, §2º e 5º, §1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁶⁴

Logo se percebe que os *Direitos Humanos* entram pela porta da frente, isto é, pela principal porta constitucional, apesar dos obstáculos suscitados pela ausência de (con)vivência e sintonia dos atores jurídicos com os *Direitos Humanos* internacionalmente garantidos¹⁶⁵. Uma vez que as normas são internalizadas, com *status* constitucional¹⁶⁶, deve necessariamente ocorrer a releitura do ordenamento infraconstitucional, obtendo-se a cada julgamento de *validade garantista* (formal e material), a manutenção da norma ou mesmo de parcela de sua validade.

O processo de aferição de validade do ordenamento infraconstitucional,

salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.” No mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 295.

¹⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado, 1997, p.20-1.

¹⁶⁵ Para tanto basta perceber que raramente os currículos das Escolas de Direito estabelecem uma disciplina com tal objetivo. Existe certa perplexidade dos atores jurídicos com a inserção de argumentos fundamentados em Tratados justamente pela falta de formação ou mesmo notícia de sua validade, quanto mais aplicabilidade.

¹⁶⁶ No mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

então, deixa de ser algo realizado somente em 06 de outubro de 1988 ou mesmo da edição das emendas constitucionais, passando a ter caráter plenamente dinâmico, advindo da expedição de diplomas de *Direitos Humanos* na ordem internacional. Importa perceber que desde a Constituição de 1988 o rol de normas de *Direitos Fundamentais*, em decorrência do art. 5º, § 2º, engloba, também, os tratados antecedentes em que a República Federativa do Brasil era parte.

Por tais razões, as normas de *Direitos Humanos* sofrem aderência automática ao ordenamento jurídico interno, desde a celebração, independentemente de qualquer ato legislativo formal interno, tendo em vista a compreensão *aberta* da Constituição, explicitada pelo art. 5º, § 2º da Carta Política de 1988. Consequência disto é que passam a ser *cláusulas pétreas*, nos moldes do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, limitando os abusos do Estado e dilargando o rol de direitos e garantias dos indivíduos¹⁶⁷. Essa compreensão insere-se na reconstrução da agenda dos *Direitos Humanos* no Brasil, no plano da ação.

Todavia, diante da complexidade atual e da existência de diversas normas editadas de forma genérica (vagueza e ambiguidade), verifica-se a potencial ocorrência de *antinomias*, nas quais a compatibilidade da norma fica jungida a certas hipóteses, afastadas, por incompatibilidade, noutras situações fáticas.

¹⁶⁷ Essas regras de Direito Fundamental podem coincidir, complementar ou contrariar as próprias disposições constitucionais. Nas duas primeiras hipóteses não há maiores dificuldades, posto que o rol de direitos seria confirmado ou dilargado. Entretanto, quando a disposição contrariar o Direito interno, a solução se torna mais complexa. PIOVESAN, Flávia, *O sistema interamericano...* p. 177, defende: "o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo titular do direito."

A tarefa de detectar e resolver essas situações antinômicas é árdua, pressupondo, de qualquer sorte, a compreensão hermenêutica, bem assim as crises que incidem sobre o *paradigma liberal-individualista-normativista* vigente.

Em breves linhas, as crises que permeiam o paradigma liberal-individualista encontram-se demonstradas em cinco núcleos específicos: *Crise de legalidade*, pela ineficácia dos controles do poder, com a disseminação da corrupção em diversas esferas de poder; *Crise do Estado Social*, os direitos sociais nunca implementados na sua totalidade no Brasil; *Crise no Estado Nacional*¹⁶⁸, com a paulatina perda de soberania dos Estados, em prol de comunidades supranacionais; *Crise do Ensino Jurídico*, num verdadeiro dilema de personalidade, sem linhas específicas e arrostado pela complexidade contemporânea, reprodutor inconsciente¹⁶⁹ do *status quo*.¹⁷⁰, e *Crise da Hermenêutica* hegemônica cuja vinculação à *Filosofia da Consciência* ainda prevalece. Nessa última perspectiva, ganha relevo a crítica consistente de **Lenio Luiz Streck**, segundo o qual existe uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica, informada pelo *paradigma liberal-individualista-positivista* e pela *Filosofia da Consciência*¹⁷¹.

Desde já, pode-se deixar assentado que o ensino jurídico e a práxis

¹⁶⁸ Nestes três primeiros aspectos da crise conferir a visão Garantista, demonstrada por: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...* e FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 15-17

¹⁶⁹ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude.... p.15-75.

¹⁷⁰ Conferir: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1993; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas : Julex, 1988; FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1987. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico para que(m)?* Florianópolis : Fundação Boiteux, 2000.

¹⁷¹ A abordagem hermenêutica será efetuada no Capítulo 3.

trabalham – ainda – numa visão do Direito exclusivamente sob o ângulo dogmático-normativo, que conduz o intérprete ao legalismo heurístico, em que seu raciocínio será (ingenuamente) lógico, preciso e cômodo. A ilusão da perfeição e completude obtidas singelamente pela subsunção da norma geral ao fato espécie deve ser superada em favor de uma complexidade, uma necessária e indissociável complexidade hermenêutica.

Contudo, a postura intelectual clássica está sustentada por uma longa tradição hermenêutica, que valoriza as formas tradicionais de interpretação, vinculadas, ainda, a verdades absolutas, quando nem a física assim trabalha, senão com probabilidades¹⁷². Por isso, também, a ausência de afinidade dos atores jurídicos com o direito internacional e a compreensão de que são normas válidas dentro do território.

Diante dessa situação de incompletude e incoerência relativas, a hermenêutica proposta, ciente de que as normas são divididas entre *princípios* e *regras*, incluindo os tratados internacionais, surge como caminho possível para efetivação dos *Direitos Humanos*, mormente com o critério de *validade garantista*.

Essa possibilidade hermenêutica contribui para dar a coerência interna ao ordenamento jurídico e responder, convenientemente, com fundamento nos *Direitos Humanos*, muitos deles já positivados - como na Constituição Federal de 1988 -, aos complexos questionamentos sociais, sem prejuízo do manejo de outras técnicas

hermenêuticas.

Recordando com **Sérgio Cademartori**:

A coerência e a plenitude caracterizam-se no Estado de Direito não como propriedades do Direito vigente, mas como ideais limites do Direito válido a refletir não o ser do Direito, mas o seu dever-ser das normas em relação com as superiores. De fato, para o garantismo, cada nível normativo apresenta-se como normativo com respeito ao inferior e como fáctico com respeito do nível superior. Por força das violações de fato das proibições impostas ao legislador, por este perpetradas, as características estruturais do Direito vigente são as da incompletude e incoerência. A tarefa do jurista será então explicitar essas características através de juízos de invalidade das normas inferiores e ineficácia das superiores.¹⁷³

De sorte que o Direito deve ser compreendido, não como um conjunto de normas com sentidos ensimesmados (latentes) e pré-constituídos, mas como um conjunto de normas (*princípios e regras*) que (re)clamam sentidos no espaço/tempo. E o processo de produção de construção de verdades/sentido deve ser assumido pelo ator jurídico, consciente de sua inserção social, bem como dos efeitos práticos de suas decisões, livrando-se da coisificação – abstração - própria da dogmática jurídica.

Com **Luis Alberto Warat**¹⁷⁴ pode-se perceber uma certa funcionalidade da formulação genérica, ambigua e vaga dos *Direitos Humanos*, com belíssimas declarações de vontades difusãs. É que a atribuição de sentido das normas de

¹⁷² CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 69-81.

¹⁷³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...* p. 82.

Direitos Humanos é feita pelo *senso comum teórico*. Logo, a ordem dos fatores não altera o resultado do processo de produção de sentido, já que a promessa inicial se desfaz no âmbito da práxis, em face de uma hermenêutica excludente e hegemônica.

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*. Vol.III... p: 75-79.

CAPÍTULO 3 – HERMENÊUTICA E NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO

3.1. – DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA REALIDADE BRASILEIRA

Destacável, no contexto, antes de inserir a hermenêutica de forma mais aprofundada, a discussão sobre a realidade brasileira, na qual a modernidade não se efetivou na totalidade e o sistema jurídico enfrenta uma crise renitente, diante da complexidade social contemporânea e das promessas não cumpridas.

É que a implementação do efetivo *Estado Democrático de Direito* é condição de possibilidade da discussão acerca do processo de (re)construção do projeto de cidadania no Brasil, voltado para concretização dos *Direitos Humanos* e conteúdos constitucionais.

Vera Regina Pereira Andrade analisa com profundidade a emergência de uma cidadania emancipatória, desvinculada da percepção de ser atributo concedido pelo Estado, por lei e pelo saber jurídico hegemônico, propondo:

uma teoria crítica das relações sociais, que promova a articulação das complexas relações teoria/práxis, parece ser uma possibilidade de separação das construções dogmáticas, mantenedoras do *status quo* e um caminho para a construção de um saber jurídico

comprometido com a transformação democrática da sociedade e o encaminhamento de efetivas soluções para os problemas nacionais dentre os quais a cidadania ocupa destacado lugar.¹⁷⁵

O discurso de cunho (neo)liberal divide as esferas em pública e privada, defendendo a potencialização das liberdades de mercado, mitigando-se a intervenção estatal nas diversas áreas, escamoteando, de qualquer sorte, as desigualdades sociais¹⁷⁶. Os cidadãos são atomizados, estáticos, joguetes nas mãos da ilusória mão invisível, controlada pelos moradores da cobertura social.

Nesse pensar, caberia à cidadania a mediação entre a esfera privada e a pública, competindo à sociedade civil o embate dos interesses de mercado, capaz de propiciar a amálgama social, fundamental ao seu desenvolvimento. Decorrencia direta desta dicotomia é a defesa da retirada do Estado do cenário social, com a maximização do mercado, inclusive em áreas antes exercitadas por este.

Entretanto, essa percepção não se sustenta no atual estágio brasileiro, mormente em face do descumprimento das promessas sociais. No Brasil o *Estado Social* é arremedo bisonho¹⁷⁷, agravado pelo fatalismo do discurso *globalizante*, conforme anota **Edmundo Lima de Arruda Jr.**:

¹⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania...* p. 137.

¹⁷⁶ Conferir: FARIA, José Eduardo. "O modelo liberal de Direito e Estado". In: *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. FARIA, José Eduardo (org.). São Paulo : Ática, 1988. p. 23.

¹⁷⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade ...* p. 160, assevera: "enquanto o estado de direito liberal deve apenas não piorar as condições de vida dos cidadãos, o estado de direito social deve também melhorá-las. Esta diferença decorre da diferente natureza dos bens a serem preservados. Enquanto o estado liberal de direito tem por fito preservar as condições naturais ou pré-políticas de existência (vida, liberdades, imunidade perante o poder, e, hoje, a não nocividade do ar, da água e dos recursos naturais), as

O século XX chega ao fim sepultando muitas promessas utópicas dos séculos anteriores. Tanto os 'socialismos reais' como 'as democracias liberais' não são exemplos óbvios de democracia efetivas. Todavia, a reflexão sobre o século XX parece ensejar mórbido maniqueísmo teórico e político. Venceu o bem (o mercado), pois Stálin e Hitler estão mortos, enterrados com o fim da cortina-de-ferro e o nazismo. Ou, na hipótese contrária, vencem as forças do mal (a incontrolada vontade de poder), estando o homem moderno encurralado, e sem esperanças.¹⁷⁸

Paulo Bonavides é perspicaz ao constatar a existência de um *Golpe de Estado Institucional*, afirmando:

Verificada a queda do Muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, instalou-se a crise do socialismo e uma suposta neutralidade do campo ideológico, a qual vem sendo exibida, com ares triunfais, pelo capitalismo e sua recente ideologia 'sem ideologia', cifrada no neoliberalismo da globalização. (...) Na mesa verde das bolsas – que é o cassino da finanças – os direitos de terceira geração, como o direito dos povos ao desenvolvimento, são friamente imolados. Hecatombes financeiras desabam sobre os chamados países emergentes por obra de um cálculo de especuladores, que vêem o lucro e não o homem, o capital e não a nação, o interesse e não o trabalho. (...) Socialmente, o Brasil é o País mais injusto do mundo; por um paradoxo, sua riqueza fez seu povo mais pobre e suas elites mais ricas numa proporção de desigualdade que assombra cientistas sociais e juristas de todos os países. Mas não pára aí o infortúnio desse povo cuja queda maior deriva de a classe dominante empenhar-se em aprofundar a injustiça social, em governar unicamente para as elites e em perpetuar um *status quo* de iniquidade e violência, que é a desonra de uma nação. De país constitucional se converte em país neocolonial, em 'colônia de banqueiros',

garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações de estado permitem pretender ou adquirir condições sociais de vida: subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia, etc."

¹⁷⁸ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI – conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro : Luam, 1997, p. 26.

praça de 'negócios da China' e mercado de especuladores internacionais, que lhe sugam as riquezas, lhe empobrecem o povo e criam a mais injusta dívida externa e interna já contraída, neste século, por um Estado (...). O golpe está em curso. O tempo urge. E o Brasil precisa dizer não aos golpistas se quiser sobreviver, tolhendo assim a transição do País constitucional ao País neocolonial.¹⁷⁹

No Brasil contemporâneo, **Lúcia Barros de Alvarenga** demonstra a existência de 41.970.331 de seres humanos vivendo na linha da pobreza, enquanto outros 16.577.161 vivem na indigência. Nada menos que 30% das crianças de até cinco anos de idade apresentam elevado grau de desnutrição incluídas 2,7 milhões de crianças menores de dois anos. O analfabetismo real, sem contar o funcional, aponta para 20% da população. Apesar de o trabalho infantil ser vedado, mais de 2 milhões de crianças de 10 a 13 anos trabalham, sendo das quais 47% não recebem remuneração (escravos). A divisão de renda é absurdamente desigual, na qual a metade da população mais pobre fica com 12% dos rendimentos do trabalho, enquanto a mais rica abocanha 88%. Assim, metade do total dos rendimentos do país está com 5,6 milhões de indivíduos, enquanto 28 milhões dividem 10% deste rendimento.

Paralelamente, o Brasil é a 10ª economia do mundo, com um Produto Interno Bruto - PIB - próximo dos US\$ 750 bilhões, sendo o 5º maior mercado consumidor mundial. A classe concentradora de renda vive na cobertura social, munida de todo o conforto, consumindo, em média, US\$ 5 milhões nas compras

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país Neocolonial*. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 19-31.

efetuadas em *Miami e New York*¹⁸⁰.

Neste quadro de desigualdades sociais, é natural o surgimento de posturas sociais que visam à construção efetiva de uma sociedade mais solidária e eqüânime. A *Ilha da Fantasia* é cada vez menor, enquanto os desertos sociais crescem. Assim é que a inserção social da esfera civil perpassa pelo domínio dos instrumentos públicos capazes de garantir os *Direitos Fundamentais*.

No atual estágio do simulacro de *Estado Social* (sonegado) no Brasil, as promessas da modernidade, incluídas as do *Estado Social*, devem ser tuteladas pelo Poder Judiciário, zelando pela efetivação de práticas emancipatórias, evitando-se decisões, condutas e práticas jurídicas desprovidas de substrato constitucional material.

Luiz Werneck Vianna et alli escrevem:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico 'sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária', consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei

¹⁸⁰ ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, Dignidade e Erradicação da pobreza. Uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 161-163.

geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. 'Guardiães das promessas', na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.¹⁸¹

Aprofundando o questionamento entre *substancialistas* e *procedimentalistas*, **Lenio Luiz Streck** pondera que, apesar de ambos terem no Poder Judiciário uma função estratégica, os *procedimentalistas* entendem que a função do Poder Judiciário é a de garantir a formação da vontade, mediante procedimentos democráticos:

Sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de gigantismo do Poder Judiciário, surgido no pós-guerra. Tais fatores coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e lei isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma 'ação de cultura' mas, sim

¹⁸¹ WERNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999, p. 22-23.

em uma 'nação de cidadãos'.¹⁸²

De outro lado, sobre os *substancialistas*, aduz o jurista gaúcho:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. (...) Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.¹⁸³

A possibilidade de transformação social pelo Direito, em simetria com o pacto social avivado pela Constituição Federal de 1988 e dos *Direitos Humanos* aderidos, representa a mais relevante atuação social do Poder Judiciário de índole *substancialista*. Não é verdade – e nem se está defendendo – que o Poder Judiciário é a salvação de toda situação social. Todavia, exigir o fazer acontecer do Poder Legislativo, dos administradores públicos e dos próprios membros do Poder Judiciário é o grande papel do ator jurídico, consciente de sua função democrática. Nesse pensar, ao ator jurídico cabe declarar sua independência em face de posições coisificantes da realidade, (re)lendo os critérios de validade da norma com

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m)crise...* p. 40. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997, p. 330-354.

matiz *garantista*, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal cede espaço, no *Estado Democrático de Direito*, ao aspecto material, conforme à Constituição.

Lenio Luiz Streck, referindo-se ao *garantismo*, sustenta:

Alerte-se – por relevante – que o garantismo é visto, no âmbito e nos (bem delimitados) limites destas reflexões, como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como 'tipo ideal', o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos 'males' decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. (...) No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.¹⁸⁴

Deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988, dita "cidadã", decorridos 12 anos, já foi mutilada por mais de três dezenas de vezes. A sua feição original restou profundamente abalada, com a modificação significativa da estrutura do Estado brasileiro. A par dos aspectos positivos, os negativos se avultam, posto que desconsideram a estrutura do *Estado Social*, em prol do modelo *Neoliberal*, segundo o qual o Estado cada vez mais diminuiu, apesar de não ter ocorrido o

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m)crise...* p.42-43.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica...* p. 230.

prometido *Welfare State*¹⁸⁵.

De sorte que a possibilidade de realização do modelo *garantista* está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos *Direitos Fundamentais*, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do *contra-poder* do modelo *paleopositivista*, buscando-se implementar a racionalidade garantista.

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos *Direitos Fundamentais* constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, *renunciar* à função de *boca repetidora* da lei ou mesmo de *corretiva* desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se - até inconscientemente, às vezes - do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua

¹⁸⁵ CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis : Diploma Legal,

interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

No paradigma *garantista*, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Luigi Ferrajoli anota:

a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.¹⁸⁶

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no *Estado Democrático de Direito* e, assim, do

reconhecimento de suas funções de garantidores dos *Direitos Fundamentais* inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido. Com efeito, essa *oxigenação constitucional* pressupõe a compreensão hermenêutica da própria Constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversas garantias no âmbito social e coletivo anteriormente sonegados pelos textos Constitucionais do Estado liberal-individualista do Século XIX, como se verifica na educação, família, economia, relações de trabalho e previdência, dentre outras disposições, redundando na supressão e na relativização de liberdades, privilégios e mesmo de direitos anteriormente considerados intocáveis¹⁸⁷.

3.2 APROXIMAÇÕES HERMENÊUTICAS

Não se pretende recuar aos primórdios da história da hermenêutica. O relevante para o presente escrito é que a hermenêutica passou a ser assim denominada no século XVII, como a *arte de interpretar*, buscando descobrir regras e métodos para correta interpretação. Seu estatuto pretendia evitar a “*arbitrariedade*”

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcibiades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.90-91.

¹⁸⁷ Lembre-se que a Constituição Federal foi editada em 1988 e a Saúde e Educação são simulacros de realidade; promessas mitigadas por uma hermenêutica excludente. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p.219, é claro: “Cometendo infidelidades dogmáticas, há que se ter claro, por exemplo, que, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, não há um dispositivo que seja, em si mesmo, programático ou de eficácia contida ou limitada, como quer o discurso jurídico dominante. Ora, um dispositivo terá ou não determinada eficácia a partir do processo de produção de sentido que exsurgirá do processo hermenêutico e que dependerá do jogo de forças de produção de sentido que se travará no respectivo campo jurídico. Esse processo de produção do sentido agrega o processo de circulação e do consumo desse mesmo sentido no interior da comunidade jurídica.”

*no campo da interpretação*¹⁸⁸, acreditando-se na existência de um núcleo fundante, imanente. Era movida por uma verdade escondida por detrás dos textos.

Carlos Maximiliano, jurista com enorme influência na maneira pela qual o *senso comum teórico* nacional enfrenta a situação, em lição clássica, sustenta:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, extrair da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.¹⁸⁹

Dando um salto compatível com estas reflexões, admite-se o pressuposto de que a norma em si não possui um sentido latente, oculto, a ser descoberto, mas depende fundamentalmente do interrogante concreto formulado, bem assim do sujeito interpretante. Esse sujeito interpretante, por sua vez, não é mais aquele sujeito contemplador da *norma-objeto*, imunizado de valores, como pretende a *Filosofia da Consciência*, mas um sujeito incluído desde sempre no mundo da vida. Assim, como se verá, o processo passa a ser *sujeito-sujeito*.

¹⁸⁸ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p.23.

¹⁸⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p.1.

A pretensão de construir uma Teoria do Direito positiva, de caráter formal, não mais se sustenta. A postura formalista recorre à Teoria para atribuir sentido ao mundo da vida, distanciando-o paulatinamente da realidade, coisificando os sujeitos e os conflitos existentes no âmbito social. A abstração lógico-formal trata os conflitos jurídicos como meras hipóteses de incidência das normas jurídicas, manejadas através de conceitos, classificações e categorias¹⁹⁰. Em outras palavras, os conflitos são adequados em *standarts* dogmáticos, cuja atribuição de sentido é formulada pelo *senso comum teórico*.

Ao buscar a resolução dos conflitos pelo modelo lógico formal, a atividade dos atores jurídicos é de alcançar o *sentido correto* das normas jurídicas, capaz de ser desvelado mediante métodos interpretativos adequados, formulados, todavia, pelo *senso comum teórico*. Longe de ser o *verdadeiro sentido*, nada mais é do que o *da fala prevalente*.

Nesse caminho, **Lenio Luiz Streck** percebe que

é necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica (re)produz os discursos de verdade, estes nunca são os resultados de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade 'científica', de um monastério dos sábios. E é justamente desse monastério de sábios que emana a 'fala autorizada' que (re)produz o *habitus* do campo jurídico. Os eleitos, enfim, aqueles que podem falar/dizer a-lei-e-o-direito, recebem o cetro

¹⁹⁰ Conferir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo : EDUC, 1992.

(o *skeptron* da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, 'extorsões de sentido' e 'abusos significativos'. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de confinamento discursivo, enfim, quem tentar entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de 'porte ilegal da fala'.¹⁹¹

De sorte que o sentido já vem dado pelo discurso jurídico autorizado, cabendo ao ator jurídico, vinculado à práxis, encontrar a melhor doutrina ou a jurisprudência consolidada pelos Tribunais, renunciando, assim, ao seu papel de intérprete. Dito de outro modo, compete ao ator jurídico *aderir* aos limites de sentido já dados pelos intérpretes autorizados ou pelo *senso comum teórico*. O trabalho deixa de ser hermenêutico para se circunscrever à escolha das significações mostradas.

Os limites do território do sentido, as fronteiras de significância, são estabelecidos pelo *senso comum teórico* como instrumentos de poder, instalados no cenário político, sob o manto da ciência do Direito. Em síntese, com **Luis Alberto Warat**, pode-se dizer que:

os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O *senso comum teórico* dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 213-214.

das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.¹⁹²

Essa postura, contudo, não transparece. Fica escamoteada por meio de recursos metodológicos e epistemológicos do paradigma prevalente. Isto porque o poder somente se desnuda para quem sabe que ele existe¹⁹³. O discurso da ciência jurídica encobre as fantasias da *Filosofia da Consciência* ao transferir a discussão dos fundamentos do discurso para o método hermenêutico a ser aplicado, tudo em nome da segurança jurídica, justiça e verdade. O mimetismo é perfeito para quem não se atém aos seus pressupostos.

Resultado disso é que o mundo lógico das abstrações perfeitas prepondera sobre a realidade, transformada em discurso juridicamente dizível. Um enclausuramento na segurança lógica, prenhe de pré-conceitos, pré-noções, ficções e estereótipos, escamoteados em nome da segurança jurídica, por padrões de significação impostos. Dito de outro modo, os atores jurídicos são incapazes de construir um caminho. Precisam andar na garupa da motocicleta guiada pelos condutores da fala e/ou jurisprudência autorizada. Todavia, é do conflito de sentido, do antagonismo de posições, que há fecundidade do processo hermenêutico. Sem isso, objetiva-se a realidade, perdendo-se a referência do mundo da vida.

Luis Alberto Warat esclarece: "*Nas atividades cotidianas – teóricas,*

¹⁹² WARAT, Luis Alberto. *Introdução...* vol. I, p. 15.

¹⁹³ STRECK, Lcnio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 250-251, aponta: "*Despiciendo acrescentar, destarte, que o sentido comum teórico somente é sentido comum teórico para quem o sabe, para quem está – no – mundo, para quem, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal. A contrario sensu, o sentido comum teórico não existe para quem não o compreende (e o interpreta) como*

*práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, habitus de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação.”*¹⁹⁴

Com efeito, as possibilidades hermenêuticas do *garantismo* dependem de um deslocamento a ser efetuado no campo da linguagem, suplantando-se as velhas maneiras de significar desde dentro da jaula do *senso comum teórico*. É preciso assumir a consciência da autonomia do ator jurídico no processo de atribuição de sentido.

Para tanto, a *vagueza* e a *ambigüidade* da linguagem jurídica se prestam a redefinições de sentido como afirma **Luis Alberto Warat**¹⁹⁵. Neste processo de redefinição de sentido, trabalha-se na esfera da conotação, num processo de classificação dos objetos de índole semântica. Isso se dá, como não poderia deixar de ser, com a lei. *“Interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e por isso persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso.”*¹⁹⁶

As definições persuasivas lançam mão de adjetivações negativas com o

senso comum teórico. Enfim, de forma mais simplista, é como a questão que envolve o mito da caverna de Platão: para o filósofo não há mito. O mito só é mito para quem acredita nele”.

¹⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução...* vol. I, p. 13.

¹⁹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução...* vol. I, p. 31-49.

¹⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução...* vol. I, p. 33.

escopo de afastar a aderência ao sentido atacado. Trazem consigo detonadores emotivos que se manifestam no receptor, desqualificando, portanto, a definição impugnada. *“Assim, as definições persuasivas têm a finalidade de cobrir com um manto descritivo um desacordo valorativo, que fica encoberto pela utilização de uma definição com pretensões persuasivas. A definição persuasiva, diz Carrió, é uma armadilha verbal dirigida ao receptor da mensagem.”*¹⁹⁷

Tal processo de redefinição está inserido na discussão sobre o real e verdadeiro, em última análise, sobre a construção da realidade jurídica. **Luis Alberto Warat** adverte que a compreensão *“depende da aceitação da idéia de que aquilo que os filósofos e cientistas há muito chamam de ‘real’, não é senão um complexo, um fluxo, de significação, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente. Deste ponto de vista, a realidade é o nome geralmente empregado no pensamento ocidental, para o traçado polifônico das versões interpretativas.”*¹⁹⁸

Fundamental para os fins desta abordagem, é que há um rompimento com o essencialismo, trazendo-se a linguagem para o centro da compreensão. Com **Lenio Luiz Streck** é *“possível apontar a existência de duas concepções. A naturalista de índole Platônica, na qual cada coisa traz consigo um nome por natureza e a convencionalista, para a qual a significação é um processo de convenção e de linguagem. O senso comum teórico trabalha, ainda, com a percepção essencialista*

¹⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução... vol. I*, p. 35.

¹⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução... vol. I*, p. 14.

da verdade-em-si-mesmo. A lei e seu significado são vistos como algo já dado, passível de ser descoberto, com franca influência cartesiana”¹⁹⁹/²⁰⁰

Ganha importância, neste contexto, a *viragem linguística*, segundo a qual a linguagem deixa de ser vista como mero instrumento de transmissão do real, para ser seu co-constituente. Abre-se caminho para superação do *essencialismo*. O real só existe quando vertido em linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do conhecimento e o sentido deixa de ser uma descoberta do real, mas passa a ser construído, operando, assim, no mundo da vida linguística. Consequência disto é que não se pode atribuir significado sem recorrer-se às práticas sociais. Falar do mundo é falar de linguagem que nasce indissociável do indivíduo interpretante. A relação não é mais *sujeito-objeto*, mas *sujeito-sujeito*. O Direito, portanto, constitui-se em linguagem. E, o conhecimento jurídico só se realiza nesta seara, posto que o Direito como objeto construído é forjado em face de signos linguísticos.

Lenio Luiz Streck, após abordar as contribuições de **Martin Heidegger** e **Hans-Georg Gadamer**, aduz:

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 240-253.

²⁰⁰ DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo : Abril, 1973. Em sua concepção, influenciada pelos avanços na técnica da relojoaria holandesa, Descartes acreditava que o universo nada mais era que uma máquina. A natureza funcionava mecanicamente de acordo com leis matematizáveis. Esse quadro tornou-se o paradigma dominante nas ciências até nossos dias. Ela passou a orientar a observação e produção científica até que a física do século XX passou a questionar seus pressupostos mecanicistas básicos. Estendeu a visão, para construir uma ciência natural completa, ao mundo, aos reinos biológicos, defendendo, portanto, que as plantas e os animais nada mais eram que simples máquinas, assim como o corpo humano também era uma máquina, diferenciada porque seria habitada por uma alma inteligente, distinguível da máquina-corpo. A ênfase no método analítico tornou-se uma característica essencial do moderno pensamento científico.

Para que se rompa com as concepções vigariantes no campo jurídico – dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico – objetificante, os textos jurídicos normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentado nas concepções heideggerianas-gadamerianas, essa relação objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador – intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental onde o *Dasein* não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas, sim, o *Dasein* é/só – pode – ser junto com as coisas²⁰¹.

E, adiante, arremata o jurista gaúcho:

Conseqüentemente, o intérprete do Direito não contempla o objeto (o Direito, os textos jurídicos, o fenômeno social, etc.), para, assim, (re)construí-lo. É ilusão pensar – e aqui parafraseio Heidegger quando fala da obra de arte – que é a nossa descrição, enquanto atividade subjetiva, que faz figurar as coisas, para depois projetá-las. A partir do *linguistic turn*, o intérprete é alguém já inserido – desde sempre – na linguagem, da qual o objeto inexoravelmente faz parte²⁰².

Assim, se o mundo é linguagem, o Direito é linguagem e se esta é preñhe de vagueza e ambiguidade, impossível a construção de discursos unívocos. A linguagem deixa de ser vista como instrumento de mediação entre o essencial dado e o real, mas passa a ser indissociável do próprio processo de compreensão. O ator jurídico faz parte do mundo tanto quanto o Direito e, esse mundo se concebe pela linguagem. A realidade do Direito, portanto, é co-criada e não descrita como objeto.

Resumindo brevemente a crítica consistente de **Lenio Luiz Streck**, existe

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 241.

uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica informada (ainda) pelo paradigma *liberal-individualista-positivista* e pela *Filosofia da Consciência*. E, a hermenêutica, pois, deve ser (re)vista como condição de possibilidade da efetivação dos *Direitos Fundamentais* no Brasil, cabendo aqui, bem a propósito, a lição do jurista meridional:

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido [...] Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que 'nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos *a priori*; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 241.

buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável.²⁰³

Portanto, é dentro da perspectiva de oxigenação constitucional das normas infraconstitucionais, desde que materialmente válidas - viés *garantista* -, informadas pela compreensão hermenêutica da própria Constituição, mediante a abertura de *clareiras*²⁰⁴, que se vislumbra a possibilidade de (re)construção de uma *cidadania participativa*, rompedora com o padrão liberal da individualidade e atenta à possibilidade de transformação social pelo Direito, avivada pela concretização da Constituição Federal.

3.3. CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Se a Constituição é considerada o fundamento de validade do sistema jurídico e as normas infraconstitucionais devem guardar pertinência formal e material, necessário o estabelecimento de mecanismos de obediência. Daí surge o controle da constitucionalidade das normas. Significa, assim, a possibilidade do

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 198 e 227.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise...* p. 265 e 268, esclarece: "A clareira é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. A clareira (*Lichtung*) é essa abertura para a claridade, essa "região livre", desbastada, um terreno tornado livre, enfim, um espaço desbravado, liberto de suas árvores, que pode, agora, receber e reenviar a luz. A clareira é o espaço que possibilita(rá) olhar em volta. A clareira vem a ser, nesse sentido, a condição de possibilidade da própria floresta". Continua: "A abertura dessa clareira no Direito tem como condição de possibilidade a suspensão dos pré-juízos (pré-compreensão dos juristas), isto porque, no campo jurídico, esses pré-juízos estabelecem o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Nesse sentido, é preciso denunciar que a dogmática jurídica, entendida a partir do sentido comum teórico, é metafísica, porque provoca o esquecimento do ser do Direito. Ou seja, é a partir desses pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão, que o jurista fala o Direito e do Direito. Falará a partir de sua situação hermenêutica, que implica num círculo hermenêutico, isto porque toda explicitação, tem sua aquisição prévia e sua antecipação. Dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu 'desde-já-sempre', o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido (é como ele 'é' e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido/estandardizado/banalizado nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e, conseqüentemente, predado!) por esse sentido comum teórico, que vem a ser, assim, o véu do ser do Direito!"

controle dos atos normativos expedidos pelo Estado, compreendido em suas diversificadas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária), na busca incessante da concretização e respeito à Constituição.

Mauro Cappelletti, analisando o controle judicial das leis, ressalta que “o aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz.”²⁰⁵

No que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, a influência Norte-Americana nesta seara é essencial. **Mauro Cappelletti** destaca o papel de **John Marshall** que interpretando a Constituição Federal Norte Americana de 1787, fixou

aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma. É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (redigida por seu *Chief Justice, John Marshall*) na causa *Marbury versus Madison* de 1803, na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza. É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária.²⁰⁶

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 26.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 47.

Essa concepção da Constituição, situada hierarquicamente acima dos atos ordinários do legislativo, espalhou-se para diversos países do mundo, inclusive no Brasil. Conquanto ninguém duvide da necessidade do controle dos atos legislativos ou normativos infraconstitucionais, a competência para tal tarefa encontra respaldo em dois sistemas distintos.

No controle *difuso*, todos os órgãos do Poder Judiciário congregam competência para efetuar o controle constitucional incidental, isto é, dentro do processo em que a legislação é invocada²⁰⁷. Já no controle *concentrado*, um único órgão do Poder Judiciário possui a competência exclusiva de analisar a constitucionalidade dos atos legislativos infraconstitucionais.

A racionalidade do controle difuso é justificada por **Mauro Cappelletti** da seguinte forma:

a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios 'lex superior derogat legi inferiori', 'lex specialis derogat legi generali', etc.; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério 'lex superior derogat legi inferiori' - quando o contraste seja entre disposições de diversa força

²⁰⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 563, indica: "o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de

normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja 'rígida' e não 'flexível', prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja 'relevante' uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.²⁰⁸

Percebe-se, desta forma, que o raciocínio é singelo, decorrendo do cotejo da Constituição com as normas inferiores, declarando-se a inconstitucionalidade destas, caso ocorrentes. A análise de tal violação, contudo, é feita no caso concreto e com efeitos exclusivos a este, sem vinculação para o futuro.

De outra face, o controle *concentrado* ou *Austriaco* teve como formulador **Hans Kelsen**²⁰⁹, estabelecendo a competência de um único órgão capaz de efetuar o controle da constitucionalidade. A fixação em um só órgão evitaria a existência de decisões contraditórias entre órgãos do mesmo Poder Judiciário, indo ao encontro da prometida segurança jurídica. As decisões sobre a constitucionalidade tomadas no âmbito de um único colegiado, impediriam o que **Mauro Cappelletti** chama de contraste de tendências:

A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de

inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação."

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 75-76.

opinião do órgão supremo.²¹⁰

De sorte que no controle *concentrado* a competência dos órgãos inferiores do Judiciário para analisar a violação da Constituição restaria subtraída, mesmo incidentalmente, tornando as leis e atos normativos constitucionalmente válidos, salvo por decisão da Corte Constitucional. Enquadra-se, nesse pensar, a formulação *Kelseniana* da validade das normas até a declaração de sua invalidade pelo órgão com competência para tanto²¹¹. No sistema *concentrado*, o poder de controle da lei abstrata ou concretamente é exclusivo, com reflexos imediatos na uniformidade e controle das decisões. E, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, como bem define **Mauro Cappelletti**: “*embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta.*”²¹²

O controle de constitucionalidade, adotada a concepção *aberta* de **Peter Häberle**, como já visto, ganha contornos democráticos, rompendo com o enclausuramento da (possibilidade) hermenêutica do texto constitucional. O processo de atribuição de sentido passa, desta feita, a ser compartilhado com a própria sociedade, por meio da linguagem. Assim é que a concretização da Constituição, vista como documento *constituente* da própria sociedade, mediada por essa dimensão hermenêutica, tende a ser mais dialogada, democrática e efetiva. Corolário disso é que os horizontes de sentido se espriam desde dentro da

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 68.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 78.

²¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 287, assevera que a lei “*enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.*”

sociedade, contribuindo decisivamente para o processo de significação. Há maior vinculação do mundo da vida com as decisões sobre a validade constitucional das normas, atualizando-se no tempo o texto constitucional.

Peter Häberle assevera:

O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são os participantes fundamentais no processo de 'trial and error', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.²¹³

Por seu turno, **Inocêncio Mártires Coelho** aponta:

Nessa perspectiva, a ampliação do número dos tradutores constitucionais autorizados, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Noutras palavras, à medida que asseguram o dissenso hermenêutico e racionalizam as divergências de interpretação em torno da Constituição, idéias como as de Häberle colaboram, decisivamente, para preservar a unidade política e manter a ordem jurídica, que são os objetivos fundamentais de toda Constituição.²¹⁴

Com a transferência do foco decisório para o Poder Judiciário, acolhida a percepção *substancialista*, a esfera judicial passa a ser a mediadora da realização

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis...* p. 81.

²¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional ...* p. 42-43.

dos valores e princípios constitucionais, mostrando-se, pois, relevante a concepção hermenêutica aberta, enquanto processo público de estabelecimento de sentido. Logo, inexistem mais feudos decisórios no âmbito do *Estado Democrático de Direito*, sendo a legitimidade aferida no processo hermenêutico realizado no controle da validade, formal e material, do ordenamento jurídico²¹⁵.

3.4 A NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO COMO INSTRUMENTO GARANTISTA

Nessa perspectiva de controle de constitucionalidade, dentre outras, duas possibilidades hermenêuticas se mostram relevantes. A “*interpretação conforme a Constituição*” e a “*nulidade parcial sem redução do texto*”.²¹⁶

A *inconstitucionalidade* e a *nulidade* da *norma jurídica*, para o *paleopositivismo*, apresentam uma ligação direta e imediata. Reconhecida a *inconstitucionalidade*, sintomaticamente atribui-se a consequência jurídica: *nulidade*. **Gilmar Ferreira Mendes** esclarece que “a fórmula tradicional explicita que a lei ‘é inconstitucional e, por isso, nula’ (*Das Gesetz ist verfassungswidrig*). Vincula-se, dessarte, uma determinada situação - a *inconstitucionalidade* - à consequência

²¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. “As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, jan/mar, 1998, nº 137, p. 158.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 26, fixa: “En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean - o precisamente porque son - poderes de mayoría.”

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 274.

*jurídica – nulidade.*²¹⁷

Todavia, o desenvolvimento da sociedade, atualmente complexa, acrescida das promessas da modernidade (sonegadas), e da constatação das dificuldades/possibilidades hermenêuticas, bem como a desatualização temporal das normas, fizeram emergir novas possibilidades de enfrentamento da questão do controle da constitucionalidade, rompendo-se com a visão binária e casada da inconstitucionalidade-nulidade e constitucionalidade-validade.

Nesse pensar, **Gilmar Ferreira Mendes**, noticiando a experiência da Corte Constitucional Alemã e Austríaca²¹⁸, indica as variantes:

Podem-se verificar diversas variantes de declaração de nulidade, considerando que a declaração de nulidade pode incidir sobre a norma, parte da norma ou sobre determinado âmbito de aplicação da norma: - Declaração de nulidade como unidade técnica; - Declaração de nulidade total; - Declaração de nulidade nos termos do parágrafo 78, 2.º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional; - Declaração de nulidade parcial.²¹⁹

A utilização desses recursos é perfeitamente lógico-consequencialista, sendo a validade atributo escalonável da norma jurídica, abandonando-se a

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 198.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 197 e 199, traz o contributo do controle de constitucionalidade da Áustria: “A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de discricção para dispor sobre as consequências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2.º período), ou fixar o prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII). Essa possibilidade de dispor sobre as consequências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no Direito austríaco... (...) Consoante o art. 140, V, da Constituição austríaca, a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade. A lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia ex nunc), se a Corte Constitucional não estabelecer prazo para o encerramento de sua vigência.”

concepção binária (válido/inválido), como aliás o paradigma *garantista* preconiza.

Assim é que a norma jurídica pode ser considerada *ainda constitucional ou não ainda inconstitucional*, clamando-se, na mesma decisão, pela atuação firme do Poder Legislativo, mediante o *apelo ao legislador*. Pode, também, ocorrer o reconhecimento da *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, diante dos reflexos danosos decorrentes da decisão, aspecto este fortemente *consequencialista*.

Neste particular, importante a contribuição de **Neil MacCormick**²²⁰. Ele parte da premissa de que a lógica dedutiva é insuficiente para responder ao complexo raciocínio jurídico contemporâneo, reconhecendo, pois, seus limites, bem assim, procurando maneiras de responder aos diversos problemas jurídicos decorrentes de um mundo complexo. Sua teoria apesar de pretender ser descritiva, traz consigo a normatividade que, servindo de catalisador - agindo de forma a conjugar descrição mais normatividade -, seja capaz de dar conta de aspectos dedutivos e não-dedutivos, formais e materiais. Fica, portanto, no meio termo entre a *existência de uma única resposta certa para cada caso* (**Ronald Dworkin**²²¹) e da *inexistência de racionalidade das decisões* - mas mera vontade (**Alf Ross**²²²).

Não sendo a decisão fruto somente de um raciocínio lógico e diante da

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*... p. 201.

²²⁰ Neil MacCormick é professor de Direito e Filosofia Política na Universidade de Edinburgh, autor dos seguintes livros: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; Rev. ed., 1994; *H.L.A. Hart*, Stanford, 1981, e *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, 1982.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*...

prática jurisdicional (posição do juiz) que toma como objeto, é necessário admitir que “*peessoas honestas e razoáveis possam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade.*”²²³ Rejeita, de forma veemente, a prometida neutralidade axiológica presente em diversas teorias do Direito, assumindo que o julgador (como qualquer outro indivíduo) é formado por suas crenças, idéias e valores.

Reconhece, entretanto, que a *justificação* tem pressupostos e limites, não sendo extensível a todos os casos. O primeiro pressuposto é o de que *o Juiz têm o dever de aplicar as regras do Direito válido* e a segunda é a da *identificação de quais são as regras válidas, o que implica a aceitação de regras de reconhecimento compartilhada pelos Juízes*. Então, quando a dedução é insuficiente, o que significa argumentar juridicamente? A resposta, em síntese:

sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da *unlversalidade*, e, em segundo lugar, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de *consistência* e de *coerência*) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento *conseqüencialista*).²²⁴

Dito de outra maneira, o argumento deve ser *universal*, ter sentido em relação ao sistema (*coerência* e *consistência*) e implicar em *conseqüências*

²²² ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

²²³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Land, 2001, p. 174.

aceitáveis. A decisão precisa, portanto, ter pertinência com o sistema jurídico e com o mundo. **Manuel Atienza** referindo-se à teoria de **Neil MacCormick**, sustenta que *“a argumentação jurídica, dentro dos limites marcados pelos princípios de universalidade, consistência e coerência é essencialmente uma argumentação consequencialista.”*²²⁵ A decisão precisa ser aceitável no contexto fático, não podendo levar ao absurdo ou à perplexidade material.

O fundamental consiste no olhar dirigido ao mundo da vida, com acolhimento, no âmbito constitucional de aspectos consequencialistas, renunciando-se ao aspecto meramente lógico-formal-dedutivo. O espectro de aferição da validade ganha contornos sociais, com a ponte para o futuro, isto é, o cotejo das repercussões fáticas e sociais da decisão judicial. Além da coerência e pertinência à compreensão constitucional do órgão julgador, estabelecem-se juízos sobre a razoabilidade e aceitabilidade das decisões no mundo da vida. Isso fica bem claro no caso trazido por **Gilmar Ferreira Mendes**, segundo o qual o Tribunal Constitucional Alemão, analisando a questão da representatividade das eleições, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade do texto normativo vergastado, deixou assentado que a nulidade implicaria a inexistência de lei para o pleito, configurando situação mais nefasta do que a manutenção da norma.²²⁶

²²⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito...* p. 182-183.

²²⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito...* p. 193.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 197-198, explica: “Essa seria a hipótese se, em lugar da lei declarada inconstitucional ou nula, surgisse uma norma apta a preencher eventual lacuna do ordenamento jurídico. Do contrário, deveria o Tribunal abster-se de pronunciar a nulidade. Assim, não poderia o Tribunal declarar a nulidade de uma lei que contrariasse o art. 17 da Constituição de Weimar

Logo, percebe-se que sua contribuição se manifesta no controle de constitucionalidade, especificamente nas decisões que reconhecem a ultra-atividade das normas, mesmo inquinadas do vício de inconstitucionalidade, como se verifica no *apelo ao legislador* e na *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*.

Por outra parte, a decisão sobre a inconstitucionalidade pode restringir o âmbito de incidência da aplicação das normas, *com a utilização da nulidade parcial sem redução do texto* ou o esclarecimento de uma ou algumas interpretações *conforme à Constituição*.

Especial importância para os fins do presente trabalho está na *nulidade parcial de nulidade sem redução de texto*. Por essa modalidade, excluem-se do âmbito de aplicação os casos não definidos especificamente pela regra jurídica. **Gilmar Ferreira Mendes** esclarece: "*Cogita-se, por isso, de uma declaração parcial de nulidade 'qualitativa' ou sem redução de texto (qualitative Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung), ou de uma declaração de nulidade sem modificação da expressão literal. Na praxis da Corte Constitucional, a declaração de nulidade sem redução de texto é introduzida, normalmente, pela conjunção soweit (desde que)*"²²⁷.

Conquanto haja quebra do sistema binário e da insegurança aparente do manejo dessa modalidade, sua aplicação, na prática, tem-se mostrado como eficiente ao desate dos casos *difíceis*. Isso, aliás, não é nenhuma novidade para o sistema *garantista*, dado que a *validade*, para este modelo, é sempre escalonável,

(princípio da eleição proporcional), uma vez que "a consequência seria caos, o Estado - membro não teria uma lei eleitoral."

conforme sustenta **José Luis Serrano**:

La diferencia conceptual validez/vigencia rompe completamente con esta imagen analítica, mecanicista y atómica de la norma jurídica. La norma ya no es el enunciado general y abstracto, puesto y positivo, en virtud del cual si ilícito, entonces debe ser sanción. La norma es ahora esse elemento, precepto o proposición promulgada, más un juicio de coherencia con el sistema jurídico, incluidos en él los valores positivizados en su plano más alto: la constitución histórica, indisponible para cualquiera de sus tres poderes incluido el legislativo. La norma ya no es una unidad dada, sino una cadena de unidades argumentadas dinámica (competencia y procedimiento) y estáticamente (coherencia).²²⁸

Em complemento, **Luigi Ferrajoli** aduz:

La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.²²⁹

A crítica dirigida a esta modalidade de controle de constitucionalidade, vindica a obtenção de uma maior segurança jurídica que, todavia, não se coaduna com a sociedade contemporânea preche de Direitos e garantias sonogados. A constitucionalização do cotidiano, em face da concepção *aberta* da Constituição

²²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*... p. 204-206.

²²⁸ SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*... p. 102.

adrede acolhida, exige a instrumentalização de práticas, inclusive hermenêuticas, capazes de tutelar na maior amplitude possível os *Direitos Fundamentais*, parâmetro de legitimação do *Estado Democrático de Direito*. Logo, o recurso à *nulidade parcial sem redução do texto* possui papel preponderante na oxigenação constitucional das normas infraconstitucionais²³⁰.

Daí que transferindo para o contexto brasileiro, no qual a Constituição Federal é *aberta*, aceitando a aderência das normas de *Direitos Humanos* com *status* constitucional, e o Juiz singular está autorizado a efetuar o controle difuso de constitucionalidade, possível a aplicação da *nulidade parcial sem redução do texto*, excepcionando a validade da norma jurídica na hipótese em análise, sem derogá-la genericamente.

Como bem ressalta **Gilmar Ferreira Mendes**, necessário diferenciar a *declaração de nulidade sem redução do texto do apelo ao legislador*. Nesta última rejeita-se a inconstitucionalidade, acenando-se com sua ocorrência em futuro próximo, clamando, nesse pensar, pela atuação imediata do Poder Legislativo²³¹. Pode-se dizer que a *declaração da constitucionalidade com apelo ao legislador* constitui-se numa modalidade preliminar do reconhecimento da

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*.... p. 68.

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional de Democracia Participativa*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 247-262.

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*... p. 212, assenta: “Cumprido distinguir, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia as nulidade do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual o Tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, anunciando, todavia, uma possível conversão dessa situação ainda constitucional (*noch verfassungsgemäss*) num estado de inconstitucionalidade.”(...) “Portanto, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da

inconstitucionalidade, movida por argumentos políticos e consequencialistas.

Também é importante diferenciar a *interpretação conforme à Constituição*²³².

Essa interpretação busca dar o elastério hermenêutico possível, no sentido de manter a norma válida, propondo hipóteses em que se mostra compatível, sem, contudo, rejeitar a ocorrência de outras interpretações possíveis. Recorde-se que as normas não possuem um sentido unívoco, primevo, capaz de ser descoberto por métodos. A adjudicação de sentido é (sempre) feita no embate diário da prática do Direito.

Quando a decisão indica as hipóteses em que a interpretação é constitucional e, ao mesmo tempo, aponta algumas das hipóteses inconstitucionais,

importantes vozes da literatura sustentam que a interpretação conforme à Constituição equipara-se, nessa hipótese, a uma declaração de nulidade sem redução de texto. Afirma-se, em favor dessa tese, que, considerado o resultado da interpretação conforme à Constituição não do lado positivo - a preservação -, mas do lado negativo - o caráter cassatório -, divisa-se semelhança entre a declaração de nulidade qualitativa (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto) e a interpretação conforme à Constituição.²³³

Arremata, entretanto, **Gilmar Ferreira Mendes** que:

Os efeitos assemelhados na prática e na proximidade entre as duas categorias não devem

nulidade contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade.”

²³² Conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 235.

levar, necessariamente, à equiparação dos dois institutos. A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deve ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte Constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também, depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição. A declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida.²³⁴

Não se equiparam, pois, *nulidade parcial sem redução do texto* e *interpretação conforme à Constituição*. Em ambos os casos, há possibilidade de argumentações no sentido de novas compreensões hermenêuticas, quer do próprio órgão julgador, quer de outros intérpretes constitucionais.

Com efeito, a diferença primordial entre as duas possibilidades hermenêuticas consiste no aspecto de aproveitamento da norma. Enquanto a

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 236-237. Invoca, ainda: “Nesse sentido, parece insuperável o magistério de Bryde: “Seria admissível que o Tribunal censurasse determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Isto resultaria, porém, da proximidade entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a fundamental diferença existente entre eles. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar ‘leis inconstitucionais’. Não se tem dúvida, outrossim, de que a Corte Constitucional utiliza, muitas vezes, a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que, nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei (Gesetzesauslegung), uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição. Isso leva a concluir que, se o Tribunal declara a compatibilidade da norma com uma determinada interpretação, objeto da decisão suscetível de fazer coisa julgada é apenas a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (Warnfunktion) com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.”

interpretação conforme à Constituição reconhece a constitucionalidade nas hipóteses que declara, a *nulidade parcial sem redução do texto* explicita as hipóteses em que a norma estaria eivada de nulidade, sem prejuízo de sua manutenção genérica (validade) para o futuro e, assim, em outras hipóteses. Dito de outra forma, as normas devem ser revisitadas no tempo e espaço, ganhando significação temporal, apurando-se a validade na hipótese específica. Nessas condições e diante da complexidade contemporânea, razoável a existência de perplexidades em face de normas materialmente válidas para alguns casos e absolutamente inválidas em outros, cabendo, de qualquer sorte, ao ator jurídico, em especial, ao juiz, analisar essas ocorrências, reconhecendo e afastando a respectiva incidência legal.

Diante das dificuldades adrede expostas, vagueza, ambiguidade, longo período de edição das normas jurídicas, explosão legislativa, dificuldades hermenêuticas e impacto dos diplomas internacionais, razoável a ocorrência de diversas hipóteses de aplicação em que o dispositivo não se mostra constitucional, mormente se acolhido o *status* constitucional dos *Direitos Humanos*.

José Luis Serrano, reconhecendo as dificuldades da proposta, sustenta:

Las cosas no son tan pacíficas cuando llegamos al segundo supuesto dentro del cual debemos ahora distinguir otros dos supuestos: b1) el intérprete autorizado juzga inválida una norma de rango legal por considerar que su contenido viola lo dispuesto en reglas o principios de rango constitucional y la deroga, esto es, la expulsa del ordenamiento jurídico o la priva también de su vigencia; b2) el intérprete autorizado juzga inválida una norma de rango legal por considerar que su contenido viola lo dispuesto en reglas o principios de rango constitucional y excepciona su aplicación al caso concreto, esto es, no la priva de su

vigencia y, por lo tanto, de su eventual aplicación a otros casos diferentes.²³⁵

Portanto, apesar das dificuldades de ruptura com o paradigma *peleopositvista*, o manejo desse recurso hermenêutico se mostra como condição de possibilidade para implementação, em toda sua plenitude, dos *Direitos Humanos* na realidade jurídica brasileira. A funcionalidade de tal instrumento resta potencializada diante da possibilidade constitucional do controle difuso, a cargo dos juízes monocráticos. É que como ressalta **José Alfredo de Oliveira Baracho**, "*a jurisdição constitucional da liberdade é um dos pontos essenciais na efetivação dos Direitos Humanos.*"²³⁶

É que a Constituição Federal de 1988 estabelece, na linha das anteriores, essa possibilidade de controle, conforme destaca **José Afonso da Silva**: "*à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinado os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.*"²³⁷

Luigi Ferrajoli completa: "*Esta concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, de la relación entre las que he llamado democracia política (o formal) y democracia sustancial se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte*

²³⁵ SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia...* p. 97.

²³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 187.

²³⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.54.

legitimación democrática del poder judicial y de su independencia."²³⁸

Adotando-se, pois, a tese *substancialista* do atuar do Poder Judiciário, no sentido de palco para mediação das promessas (so)negadas, bem assim dos *Direitos Humanos*, ignorados na prática jurídica, esse recurso ganha relevo. Em sendo, os *Direitos Humanos*, normas de *status* constitucional, todas as disposições infraconstitucionais devem passar pelo seu conteúdo material e formal de validade, de viés garantista. Assim é que para que se possa dar a efetiva *oxigenação constitucional* destas normas, necessária à instrumentalização hermenêutica, escalonando a validade, como preconiza o *garantismo jurídico*, "*com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma.*"²³⁹

3.4.1 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA.

Em face do anteriormente demonstrado, vislumbra-se a plena possibilidade da utilização na prática forense da *nulidade parcial sem redução do texto*, com a indicação das hipóteses, meramente exemplificativas, que afrontam as normas constitucionais ou aderidas à Constituição – Direitos Humanos.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p.25.

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 229.

3.4.1.1 O crime²⁴⁰ de porte de arma apreendida na residência do agente

Dispõe o art. 10 da Lei nº 9.347/97 que configura crime "*possuir, deter, transportar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*".

Logo, o mero fato de o cidadão possuir em sua residência uma arma, sem qualquer potencialidade de perigo – superando o *perigo abstrato* –, não pode ter repercussões penais. **Lenio Luiz Streck**, em parecer sobre ação penal incriminadora do porte de arma afirma que

não é difícil chegar a conclusão que o simples fato de alguém 'possuir arma de fogo sem autorização' não pode significar lesão a qualquer bem jurídico (...). Mais ainda, é de registrar, por relevante, que a simples hipótese de guardar ou possuir arma de fogo sem registro não constitui qualquer violação a bem jurídico. Desnecessário dizer que não há crime sem vítima. E não venha se dizer que a vítima desse crime é a sociedade, porque a sociedade é sempre vítima (a idéia de crime implica de per si uma conduta anti-social) Ou seja, é muito simplório dizer que a vítima, no caso sub análise, é a sociedade. E a criminalização não pode ser produto da simples discricionariedade do legislador!.²⁴¹

²⁴⁰ A abordagem do Direito Penal efetuada, pressupõe a compreensão minimalista do modelo criminológico. Consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997; STRECK, Lenio Luiz, *Tribunal do Júri – Símbolos & Rituais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998; e BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1999.

²⁴¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, parecer do Ministério Público ofertado na Apelação Criminal no. 70.000.407.346, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Aramis Nassif.

De outra face, inexistente densidade social do crime de portar arma de fogo. Primeiro porque o fato isolado de portar arma não se constitui em delito por-si-e-somente-por-si, já que o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, acolhido pelo Direito Brasileiro pelo Decreto nº 678/92 exige no seu art. 9º, *ação ou omissão* voluntária do agente, rejeitando, assim, a responsabilidade objetiva/abstrata, como a presente no art. 10 *caput* da Lei nº 9.437/97. Depois, **André Copetti** afirma: "*Mesmo que existam inúmeras opiniões que apontem no sentido de que existe ação nestes delitos, o certo é que o porte, em si mesmo, é um fato, mas não uma ação ou conduta para efeitos de ser enquadrada em um tipo penal. Com base nisso, poderíamos declarar como inválidos por inconstitucionalidade, os delitos descritos (...) no art. 10 da Lei nº 9.437/97.*"²⁴²

Tendo em vista a acolhida do *Pacto de San Jose da Costa Rica* com *status* constitucional, possível o reconhecimento da *nulidade parcial sem redução do texto* da regra jurídica no caso em testilha, rejeitando-se, assim, a criminalização. Além do que, pela mera potencialidade não se condena mais no direito contemporâneo. Há de existir uma densidade/inserção social da conduta, incompatível com o mero portar arma em residência.

3.4.1.2. O ABORTO POR MÁ FORMAÇÃO DO FETO

Pode-se invocar a aplicação da *nulidade parcial sem redução do texto* ao

²⁴² COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.190.

crime de aborto por má formação do feto. É que a Constituição articulou todo um sistema adequado de proteção aos *Direitos Humanos*, como já visto. E diz, também, que um dos fundamentos da República é exatamente a *dignidade da pessoa humana*²⁴³, que constitui o suporte de todos os *Direitos Humanos* consagrados. De maneira que qualquer interpretação que se fizer a respeito, deve ter sempre em mente que é a dignidade do ser humano, fundamento da República, o qual orienta essa possibilidade hermenêutica.

Carmem Lúcia Antunes Rocha preconiza:

Contra todas as formas de desumano tratamento, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela inclusão no direito e pelo direito de todos os homens, é que o milênio que se aproxima volta-se ao humanismo ético procurando a realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem supera-se sempre e em todos os sentidos.²⁴⁴

Informado, assim, pelo princípio da *dignidade da pessoa humana* e tendo em vista o reconhecimento paulatino da comunidade internacional dos *Direitos Humanos também* como sendo das mulheres²⁴⁵, possível sua efetivação, principalmente após as Conferências do *Cairo* e *Beijing*, consoante destacam **Silvia Pimentel** e **Valéria Pandjarian**:

²⁴³ DALLARI, Dalino de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p.25-29.

²⁴⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social". In *Interesse Público*, vol. 4, São Paulo, 1999, pág. 47.

²⁴⁵ Os Direitos Humanos como sendo *também* das mulheres, decorre do ideal normativo da masculinidade incidente na compreensão dos Direitos Humanos discriminativos das mulheres, negros, índios. Conferir KATO, Shelma Lombardi. *A Declaração dos Direitos Humanos sob a Perspectiva de Gênero*. Cuiabá : Revista Judice, Ano I, nº2, p.13-16, 1999.

é a partir das conferências internacionais celebradas no decorrer da década de 90, em especial a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994) e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995), que o tema ganha maior relevância, estabelecendo-se: que a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos são fundamentais para os direitos humanos e o desenvolvimento; que os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais, incluindo-se o direito de todo casal e de todo o indivíduo de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação; e reconhecendo-se, ainda, a necessidade de tratar-se o tema dos direitos reprodutivos da mulher, e especificamente o tema do aborto inseguro, de forma humana e solidária. A partir das Conferências do Cairo e Beijing, a comunidade internacional passa a reconhecer expressamente o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública e recomenda aos governos que considerem a possibilidade de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais, bem como que garantam às mulheres, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para tratar complicações derivadas de abortos. Apesar dos avanços ocorridos em alguns países, em termos de políticas e leis internas que buscam adequar-se às recomendações de Cairo e Beijing, bem como aos compromissos assumidos pela ratificação de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, as mulheres que vivem em países nos quais o aborto, via de regra, ainda é considerado crime, como no Brasil, seguem sofrendo limitações ao exercício de seus direitos e liberdades fundamentais reconhecidos na legislação internacional e nacional. Entre eles, estão o direito de viver livre de violência e discriminação em razão de gênero, o direito à intimidade, à saúde, à vida, à liberdade e à segurança pessoal.²⁴⁶

Com efeito, o Código Penal Brasileiro de 1940 criminaliza, nos arts. 124 e

²⁴⁶ PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. “Descriminar para não Discriminar”, São Paulo: *Jornal da Redesaúde*, número 21, setembro 2000, p.3-6.

seguintes, a conduta de provocar ou praticar o aborto²⁴⁷. Excepciona, todavia, as hipóteses do art. 128 do mesmo Estatuto, ou seja, *“se não há outro meio de salvar a vida da gestante”* ou *“se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”*

Logo, por exceção legal, essas duas condutas estariam excluídas da aplicação da Lei Penal. Entretanto, tal posicionamento deixa a *latere*, como curial, os avanços científicos, mormente no campo da medicina. Para seus contornos importa estabelecer a plena possibilidade de diagnóstico seguro da formação fetal e sua potencial sobrevivência extra-uterina do feto.

Em outras palavras, as ciências médicas podem diagnosticar com segurança a existência de diversas moléstias biológicas que tornam o feto incapaz de vida extra-uterina, causando na gestante, desde a descoberta, patologias psicológicas as mais diversas.

Nessas situações fáticas, devidamente comprovadas por exames médicos, justifica-se a autorização do aborto? A resposta é positiva. É que sob nenhum fundamento se admite que a gestação seja levada a cabo, dado que o feto não poderá sobreviver sem a presença biológica da geratriz. Além do que, a violência psicológica a ser impelida à gestante durante longos nove meses não encontra justificativa finalista, posto que encontrará, ao fim, a morte quando se espera(ria) a vida.

²⁴⁷ Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Art. 125. Provocar aborto,

Portanto, concretizando-se os *Direitos Humanos*, cumpre garantir “a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação”²⁴⁸. Na mesma linha, o Brasil ratificou a *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará*²⁴⁹, na qual restou fixado que “Art. 2º – Entender-se-á que a violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica” e dispôs adiante: “Art. 7º – Os Estados-partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenham-se em: a) abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação.”. Logo se percebe que não é admitida a violência, inclusive psicológica, contra as mulheres.

Assim, resta autorizada a compreensão hermenêutica de que à mulher deve ser garantido o direito de aborto, em respeito à sua dignidade, enquanto pessoa. Esse respeito aos preceitos fundamentais constantes nas declarações internacionais, considerados para todos efeitos como normas constitucionais, em face da aderência (art. 5º, §2º), implica no reconhecimento da descriminalização da conduta abortiva decorrente de má formação do feto, impeditivo de sua vida extra-uterina, mediante aplicação do recurso da *nulidade parcial sem redução do texto* criminalizante do Código Penal (art. 123).

sem o consentimento da gestante.

²⁴⁸ Declaração de Pequim adotada pela 4ª Conferência Mundial Sobre Mulheres, 1995, item 30.

Dito de outra forma, dando-se força normativa à Constituição, com a aderência dos *Direitos Humanos* positivados, pode-se deixar de aplicar o tipo penal do aborto desde que aplicada na hipótese presente, sem prejuízo de sua validade e conseqüente constitucionalidade em outras hipóteses.

3.4.1.3. A CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O ESTADO E O DIREITO À SAÚDE

Em complemento à *Convenção Americana de Direitos Humanos*, foi editado o *Protocolo Adicional à Convenção* especificando os direitos sociais, econômicos e culturais, denominado *Protocolo de San Salvador*. Esse documento entrou em vigor em novembro de 1999, quando o décimo primeiro país depositou o termo de ratificação. Preconiza o art. 5º do Protocolo: "*Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariarem o propósito e razão dos mesmos.*"

Mais adiante, no tocante ao direito à saúde, fixa no art. 10: "*1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especificamente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a) atendimento primário de*

²⁴⁹ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c) total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f) Satisfação das necessidades de saúde de grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.”

De sorte que além do disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 (*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*), os dispositivos constantes no referido *Protocolo*, em face do art. 5º, § 2º, da mesma Constituição, pela motivação adrede exposta, passam a ser direitos individuais, exercitáveis na maior extensão possível.

De outra face, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, regulamentou o cabimento de medidas antecipatórias – liminares e antecipações de tutela – em face do Poder Público, indicando as vedações (art. 1º) ao disposto nas regras constantes em legislações antecedentes (arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348/64; art. 1º da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92), destacando-se a Lei nº 8.437/92 que veda a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de

segurança, em virtude de vedação legal ou que esgote no todo ou em parte, o objeto da ação.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a Lei nº 9.494/97, deixou assentado, em duas oportunidades, por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 1º. Essas manifestações se deram no âmbito da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* proposta pelo *Partido Liberal* e na *Ação Declaratória de Constitucionalidade* nº 04. Sem adentrar na discussão sobre a inconstitucionalidade absoluta do art. 1º, à evidência, essa negativa não pode prevalecer sobre os direitos à saúde previstos no *Protocolo de San Salvador*, posto que são normas de caráter constitucional, em face da aderência ao texto do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, e entraram em vigor em novembro de 1999, ou seja, após a lei ordinária. É que com a vigência do *Protocolo* e fazendo-se a devida *oxigenação constitucional* de viés garantista, há nulidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, desde que aplicada ao espectro fático dos direitos à saúde proclamados no tratado internacional, sem prejuízo de sua discussão em outras hipóteses jurídico-fáticas.

Assim é que sempre que houver violação dos *direitos à saúde*, não pode ser invocada a Lei nº 9.494/97 como fator impetivo da concessão de liminares ou antecipações de tutela em ações tendentes a fazer valer as promessas contidas no *Protocolo de San Salvador*, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos a doentes, utilizando-se, para tanto, do instrumental disponibilizado pela *nulidade parcial sem redução do texto*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente escrito partiu da *Teoria Geral do Garantismo*, alicerçada nos *Direitos Fundamentais*, com a revisão dos atributos das *normas jurídicas*, demonstrando a contemporaneidade da postulação de um caráter substancial da validade das normas, bem assim da *democracia material*. Essa, por sua vez, deixa de ser verificada em face de procedimentos, necessitando de mecanismos eficazes de implementação dos *Direitos Fundamentais*, sob pena de deslegitimação. O *Estado Democrático de Direito* demandaria a satisfação tanto das liberdades como dos Direitos Sociais.

Procurou-se demonstrar, nesse pensar, a relevância dos *Direitos Humanos*, tendo em vista a abertura Constitucional para o seu acolhimento, consoante dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, dando *status* de norma constitucional a suas disposições, com a necessidade de mensuração da validade

das normas de inferior hierarquia. Esse cotejo, todavia, não se dá mais somente em relação ao aspecto *formal*, mas depende primordialmente do aspecto *material*, a validade *garantista*.

A *validade garantista*, contudo, também rompe com o *paleopositivismo* e aceita escalonamento, podendo acolher a *validade* da norma em certa hipótese fática, sem prejuízo de sua invalidade em outras situações. O *juízo de validade* deixa, assim, de ser binário (válido/inválido), passando a ser de graduação. Pode, então, a regra ser excepcionada na hipótese em análise, sem que essa nulidade irradie efeitos para outras hipóteses fático-jurídicas.

Em face do impacto dos *Direitos Humanos* na realidade brasileira, na qual as promessas da modernidade, do *Estado Social* e constitucionais não se efetivaram na totalidade, a utilização desse instrumental advindo do *garantismo jurídico* ganha contornos absolutamente relevantes.

O papel da Jurisdição constitucional e da sujeição do Juiz à lei, na percepção apresentada, confere mecanismos de *resistência constitucional* desde o ponto de *vista interno* do Direito. O *controle difuso de constitucionalidade*, assim, ganha proeminência, posto que o sistema brasileiro possibilita o controle incidental e difuso. Isso porque a sujeição à lei deixa de ser *formal* para ser também *material*, nos exatos termos da normatividade constitucional. Tudo isso realizado no campo da linguagem e com rompimento da visão atrelada ao paradigma da *Filosofia da Consciência*, abrindo-se *clareiras* de sentido na selva do dogmatismo.

A possibilidade hermenêutica apresentada tem o escopo de obter a maior

efetividade possível dos *Direitos Fundamentais*. Sem instrumentos eficazes, que possibilitem a aplicação do *controle de constitucionalidade difuso*, o Estado Democrático de Direito não se legitima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo : Landy, 2001.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, Dignidade e Erradicação da pobreza. Uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília : Brasília Jurídica, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira Andrade. *Dogmática Jurídica – esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

ARGÜELLO, Katie. *O Mundo Perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na Sociologia Jurídica de Max Weber*. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). *Max Weber – Direito e Modernidade*. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org). *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba : EDIBEJ, 1998.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o Direito*. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). *Max Weber – Direito e Modernidade*. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas : Julex, 1988.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI – conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro : Luam, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo : Land, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto, et alli. *Dicionário de Política*. vol. I. Brasília : UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília : UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país Neocolonial*. São Paulo : Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional de Democracia Participativa*. São Paulo : Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução – elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1982.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis : Habitus, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1998.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo : Cultrix, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001.

CARVALHO, Saio; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo : EDUC, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. "As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constituicional no direito brasileiro". In: *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal nº 137, Brasília, 1998.

CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis : Diploma Legal, 2001.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo : Saraiva, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo : Moderna, 1998.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo : Abril, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo : Saraiva, 1996.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *Os Meios Jurisdicionais para conferir eficácia às Normas Constitucionais*. In: Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, abr-jun, nº 106, Brasília, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. Martins Fontes. São Paulo, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona : Ariel SA., 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1987.

FARIA, José Eduardo. *O modelo liberal de Direito e Estado*. In: *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. São Paulo : Ática. 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid : Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil*. Madrid : Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo : Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Consituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo : Abril, 1979.

HORGAN, John. *O fim da ciência – uma discussão sobre os limites do conhecimento científico*. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

KATO, Shelma Lombardi. *A Declaração dos Direitos Humanos sob a Perspectiva de Gênero*. Cuiabá : Revista Judice ano I, nº 2, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* México : Fontamara S.A., 1995.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo : Perspectiva, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. "Desordem e Processo: Um Posfácio Explicativo." In: LYRA, Doredó Araújo (org.) *Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1986.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo : Abril, 1973.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid : Tecnos, 1999.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.), *Paradoxos da auto-observação*. JM. Curitiba, 1996.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 53. São Paulo : PGESCP, 2000, p. 86-88.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre Sérgio Fabris, 1994.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público, Vol. I*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 103-117.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo : Atlas., 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 2000.

MORIN, Edgar. *Meus demônios*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997.

NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade Jurídica: A titularidade de Direitos em Perspectiva Emancipatória*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia? – abordagem sociojurídica de gênero*. Sérgio Fabris. Porto Alegre, 1998.

PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Descriminar para não Discriminar*. São Paulo : Jornal da Rede Saúde, nº 21, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (orgs). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social". In *Interesse Público*, vol. 4, São Paulo : Interesse Público, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1993;

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico para que(m)?* Florianópolis : Fundação Boiteux, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires : Eudeba, 1963.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social – (ou Princípios de Direito Político)*. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. São Paulo : Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia: La Aportación Garantista de la Norma Jurídica*. Madrid : Trotta, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1997.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – símbolos & rituais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria do Estado, 1997.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a história social dos Direitos Humanos. In Direitos Humanos: Construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

VIEIRA, Lizi. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro : Record, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito*, vol. I. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito*. vol.III. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre : Síntese, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001.

WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 1999.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol. 2. Brasília : UNB, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo : Alfa-Ômega, 1997.